

ARNOLDI VINNII J. C.

In Quatuor Libros INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS Academicus, & Forensis.

EDITIO QUARTA VENETA EXPURGATA, & accuratior: prætereà aucta Indicibus Decisionum, & Constitutionum IMPERATORIS JUSTINIANI, & insuper aliorum Imperatorum, necnon Legum ac Senatusconsultorum Veterum &c.

TOMUS SECUNDUS.



VENETIIS, MDCCXXX.
Ex Typographia Balleoniana.
SUPERIORUM PERMISSU, AC PRIVILEGIIS.



INDEX

RUBRICARUM SECUNDUM LIBRORUM ET TITULORUM ORDINEM.

LIBER III.

Mm 2 25. De

LIBER IV.



ARNOL-



ARNOLDI VINNII, J.C.

IN LIBRUM TERTIUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM. COMMENTARIUS

Academicus & Forensis,

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS I.

DE HÆREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 16. *C. Lib.* 6. *Tit.* 55. *&* 58. *N.* 118.

Ratio ordinis, cum argumento tituli.



Ecursis omnibus supremæ voluntatis partibus; redit Imperator ad institutam de universitate bonorum acquirenda disputationem. Ex quatuor hujus generis acquisitionis modis propositis *§. ultim. sup. quas pers. cuiq. acq.* eum primò explicandum suscepit, per quem hæreditas nobis obvenit. Obvenire verò nobis dixit, vel ex testamento, vel ab intestato. Quoniam igitur de hæreditate ex judicio defuncti acquirenda hactenus solùm tractavit, cujus semper prior & potior causa est; *leg. 39. de acquir. hæred. leg. 89. de reg. jur.* quod reliquum est ad tractationem istam absolvendam, de hæreditate legitima, seu ea, quæ lege ab intestato defertur, pertexere priùs voluit, quàm ad cæteros per universitatem acquirendi modos transitum faceret. Hæreditates, quæ ab intestato deferuntur, eædem passim & lege deferri dicuntur, nomenque legitimarum hæreditatum sibi proprium fecerunt, licèt testamentaria quoque hæreditas dici possit lege obvenire; *l. lege 130. de verb. sign.* Sed illæ solæ hoc nomen occupaverunt, propterea quòd immediatè & proximè deferuntur à lege, & à lege sola absque voluntate defuncti: cùm testamentariam non ipsa lex deferat, sed delatam à testatore confirmet dumtaxat; *d. l.* 130. Hinc etiam hæredes legitimi & testamentarii passim opponuntur; *l. 3. §. 2. pro soc. l. 17. §. 1. in l. in plurium 70. l. illud 77. de acq. hær. l. 2. & tot. tit. de suis & legit. hær.* Succeditur ab intestato vel ingenuis, vel libertis. De ingenuorum successione tractat priore loco: deinde de successione libertorum; & demum *tit.* 8. Hoc autem titulo solùm agitur de successione descendentium sive liberorum, quorum in causa successionis legitimæ prima semper ratio habita. Cùm autem varia sint liberorum genera; & pro varietate eorum varia quoque jura succedendi ab intestato; eo ordine hic proceditur, ut primi, & statim post descriptionem intestati prodeant, qui principem locum jure civili inter ipsos libe-

ros obtinebant, aut potiùs soli in causa successiones liberi habebantur sui; sc. hæredes. Inde §. 9. transitur ad successionem emancipatorum. Posteà §. *pen.* commemoratur mutatio juris circa liberos adoptivos. Ad extremum discrimen vetus ex masculis & fœminis descendentium tollitur. Quæ mutatio jure novissimo in successione ab intestato facta sit; *Nov.* 118. in unoquoque ordine succedentium; eoque loco indicabimus, ubi res id postulare videbitur: & denique totum illud jus accuratiùs tractamus seorsum, adjectis institutis patriis; post explicationem tituli de *success. cogn.* qui hujus libri quintus.

TEXTUS,

Definitio intestati.

Intestatus decedit, qui aut omninò testamentum non fecit: aut non jure fecit: aut id quod fecerat ruptum irritumque factum est aut si ex eo nemo heres extiterit.

NOTÆ.

Intestatus decedit] Ex Ulpian. *leg.* 1. *de suis & legit.* Intestatorum hæreditates nomen legitimarum sibi proprium fecerunt, propterea quòd immediatè à lege deferuntur; *leg.* 130. *de verb. signific.* Impuberes quoque, furiosi, & prodigi suos successores ex lege habent, & ad hos etiam vox *intestatus* licèt minùs propriè refertur; *de leg.* 1.

COMMENTARIUS.

1 *An appellatio intestati etiam ad pupillum, furiosum, prodigum, pertineat.*
2 *Appellatione rupti quid hic significetur.*
3 *Quando successione ab intestato locus testamento irrito facto.*
4 *De testamento destituto.*

1 DEscriptio est Intestati, cui similis Ulpiani in *l.* 1. *pr. de suis & legit.* Ait: *Qui autem omninò testamentum non fecit.* Testamentum non fecisse, atque intestato mortuus esse dicitur non solùm is, qui non fecit testamentum, cùm facere potuerit: verùm etiam is, qui cùm civis Rom. esset, & sui juris, propter ætatem aliamve causam testari non potuit; ut pupillus, furiosus, prodigus; *d. l.* 1. *in pr.* quamvis si quis captare velit verbum *intestatus*, non videantur hi propriè dici intestati: siquidem ubi habitus non est, non potest esse privatio. Sed cum duo tantùm genera successionum jus civile agnoscat, ex testamento, & ab intestato; cui synonyma ex lege, & impuberes quoque, furiosi, & prodigi suos successores ex lege habeant; vox *intestatus*, ut fortè minùs propriè, ex sententia tamen legum accipienda fuit, non utique pro negatione *privante*, sed pro negatione, quæ à Philosophis *negans* dicitur.

Adde: quòd tametsi ipsi non possunt; possunt tamen parentes iis testamentum facere. Successionum impuberum ab intestato mentio est in *l.* 4. §. 3. *qui pet. tut. l.* 9. *de reb. dub. l. vel singulis* 37. *de vulg. & pup. l.* 6 *C. ad Tert. l.* 10. *C. de legit. hæred.* Quamobrem dubitandum non est, quin rectè sentiant, qui cum Bart. in *d. l.* 1. *de suis & legit.* statuta de successione intesta loquentia ad supradictas quoque personas pertinere statuunt. Consule Forster. *lib.* 3. *de hær. quæ ab int. c.* 4.

Non jure fecit] Puta quòd legitimum numerum testium non adhibuerit, aliasve solemnitates, quæ ad ordinanda testamenta necessariò desiderantur, omiserit; aut quòd liberos, quos in potestate habebat, hæredes non instituerit, aut exhæredaverit; secundùm ea, quæ tradita sunt libro superiore, *tit. de exhær. lib.*

2 *Ruptum*] Rumpi testamentum propriè dicitur cum testatore manente in eodem statu jus testamenti vitiatur; §. 1. *sup. quib. mod. test. inf.* Ex duobus verò modis, quibus testamentum rumpi doceniur, *l.* 1. *de injust. rupt. test. d.* §. 1. *cum seq.* unus tantùm huc pertinet; agnatio sui hæredis: nam mutatione voluntatis testatoris aliud testamentum posteà facientis, etsi prius quidem etiam rumpitur; tamen ei non succeditur ab intestato, sed hæreditas defertur ex posteriori. Planè mutatio voluntatis, in qua testator subsistit: puta si tabulas testamenti inciderit, scripturam deleverit, cancellaverit, signa avulserit, intestatum esse facit; *tit. de his quæ in test. del. l.* 1. §. *pen. si tab. test. null. ext. l. pen. C. de test.* Rescisso quoque testamento per querelam inofficiosi patersa. intestatus fit; ac retrover us perinde omnia habentur, ac si hæreditas numquam adita esset; *l.* 6. §. 1. *l.* 21. §. 2. *de inoff. test. l. ut liberis* 17. *C. de collat.* idemque est, si petita bonorum possessio contra tabulas; *d. l. ut liberis.* De quo fortassis alibi diligentiùs.

Irritumve factum] Si testamentum irritum factum in speciali significatione accipimus, nempe pro testamento, quod per testatoris capitis deminutionem infirmum est, quo modo ferè accipi solet, cum opponitur testamento rupto; §. 4. & 5. *sup. quib. mod. test. inf. l.* 12. *de injust. rupt.* non video, quomodò id ad quæstionem propositam applicari queat: nam capitis deminutione testatoris, qualiscumque ea sit, non tantùm irritum fit testamentum, quod antea factum est: sed per eam etiam persona testatoris in eum statum deducitur, ut simul jus testamenti faciendi, amittat atque adeò bona quoque ipsa, ut nec hæredem ab intestato habere possit. Quòd si respicimus casum, quo capite minuti, mutatum iterum conditione, bona & hæredem habere possunt: veluti si deportatus beneficio Principis restitutus fit: adrogatus, sui juris iterum factus, atque ita decesserit non condito novo testamento; ne sic quidem pro intestatis habentur, saltem jure prætorio: nam restituti quidem testamentum etiam citra novam declarationem voluntatis convalescit; *l.* 6 §. *pen. de injust. rupt.* si sui juris effectus, codicillis aut aliis litteris declaraverit, se eo testa- 3

men-

mento, quod ante adrogationem fecit, velle decedere; *l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab.* ut proinde si verba, uti dictum est, strictè accipimus, unus tantùm casus relinquatur, qui huc accommodari possit: Si is, qui sui juris posteà effectus, voluntatem, quam irritam fecerat capitis deminutio, recenti aliquo judicio non resuscitaverit. Quid si dicamus: de irrito aditum propter jus civile quo hæreditas ex testamento, quod semel irritum factum est, nullo casu defertur? Sanè causam non habet Bachovius, cur cautiùs Tribonianum loqui velit, quàm locutus est Ulp. in *d. l. 1. de suis & leg. hær.*

4 *Nemo hæres extiterit*] Etiam id testamentum, ex quo nemo hæres extitit, nullas vires habet; *§. 2. sup. quib. mod. test. inf. l. 9. de testam. mil.* ac proinde non adita hæreditate paterfam. retroversùs intestatus decessisse intelligitur; *l. 64. de verbor. sign.* Hoc autem casu in specie dicitur testamentum destitui aut deseri, *§. 7. inf. eod. §. 2. sup. de leg. Falc. l. ult. in fin. de cond. inst.* nonnumquam etiam irritum fieri, ut in *l. 1. de injust. rupt. l. 20. cont. tab. l. 56. de man. test.* & tamen ab irrito strictiùs accepto vocabulo distinguitur in *d. l. 1. de suis & leg. hær.* unde hic locus descriptus est. Itaque sine causa iterum Bachovius Tribonianum reprehendit, quod destitutum testamentum hoc loco separat ab irrito. In transitu observetur: etsi utroque modo fiat, ut intestatus decessisse quis intelligatur, & is, cujus testamentum post mortem deseritur, & cujus testamentum ipso adhuc vivo infirmatur; tamen in tempore deferendæ hæreditatis & effectu succedendi insignem inter hunc & illum modum esse differentiam: quam videbimus in *§. cum autem 7. inf. eod. & §. proximus 6. tit. seq.*

Textus.

Primus ordo succedentium ab intestato.

1. *Intestatorum autem hæreditates ex lege duodecim tabularum primùm ad suos hæredes pertinent.*

Commentarius.

1 Non reperitur inter reliquas legis duodecim tabularum caput aliquod quo mortuo patrefamilias intestato, sui hæredes nominatim ad successionem vocentur. Cæterum non ambigo quin proprio etiam capite & separatim de hac successione caverint Decemviri; *arg. §. 2. sup. de hær. qual. & diff. l. 3. de suis & leg. lib.* & quidem mox immediatè post legem testamentariam: quod mihi non obscurè ostendere videtur caput legis de successione agnatorum, quod extat apud Ulp. in *fragm. tit. 26.* in hæc verba *At si intestatus moritur, cui suus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Primùm enim verba hæc, *At si intestatus*, arguunt paulò ante cautum fuisse de successione testamentaria, confirmatasque defunctorum voluntates, data cuique patrifam. libera testandi potestate; quæ legis illa particula est relata his verbis à Pompon. in *l. 120. de verb. sign. Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, & pleniùs à Cic. *2. de invent.* & Cornificio *1. rhetor. ad Herenn.* Deinde verba sequentia, *Cui suus hæres nec extabit*, apertè ostendunt: proximè præcessisse & interjectum fuisse inter hoc & illud de testamentis caput de successione ab intestato, & quidem quo sui hæredes primo loco vocati fuerint. Cur autem ad liberos suos hæredes dumtaxat lex successionem hanc pertinere voluerit; alibi explicatum est, & fortassis nonnihil iterum de eo dicetur in sequentibus.

Textus.

Qui sunt sui hæredes.

2. *Sui autem hæredes existimantur (ut suprà diximus) qui in potestate morientis fuerint; veluti filius filiave; nepos neptisve ex filio; pronepos proneptisve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec interest, utrùm naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos; qui ex legitimis quidem nuptiis, vel matrimoniis non sunt progeniti, Curiis tamen civitatum dati secundum Divalium Constitutionum, quæ super his positæ sunt, tenorem, hæredum suorum jura nanciscuntur. Nec non eos, quos nostræ amplexæ sunt Constitutiones, per quas jussimus: Ut si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali; eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos sustulerit: posteà verò affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit; non solùm eos liberos, qui post dotem editi sunt justos & in potestate patris esse: sed etiam anteriores, qui & iis, qui posteà nati sunt; occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus & si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve suorum hæredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse sive morte id acciderit; sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate ejus sit: nepos ex eo suus hæres esse non potest. Idque & in cæteris liberorum personis dictum intelligimus. Posthumi quoque, quasi vivo patre nati essent in potestate ejus futuri forent, sui hæredes sunt.*

NOTÆ.

2. *Divalium Constitutionum*] L. 3. l. 4. *C. de nat. lib. add. Nov.* 89. *c.* 2.

Nostræ amplexæ Constitutiones] *Leg.* 10. *l.* 11. *Cod. de nat. lib.* §. *ultim. supr. de nupt. add. Nov.* 74. *Nov.* 86. *cap.* 8. Huc etiam pertinent legitimati per rescriptum Principis, *dict. Nov.* 89. *cap.* 9.

Et si non progeniti] *D. l.* 11. *Cod. de nat. lib.* Ex hoc autem loco apparet, mendosè legi textum qui claudit *d.* §. *ult. sup. de nupt.* & sic omninò lectionem esse restituendam, ut illic eam ex Hotom. restituimus.

Filius in potestate sit] Disertè loquitur de nepotibus & neptibus ex filio, omissis consultò natis ex filia; eò quòd hi extra familiam avi materni nascuntur. Posteà tamen vocati sunt ex Constitutionibus, admissique ante agnatos; §. *ultim. in eod.* & novissimo jure unà cum filiis & nepotibus ex filio suis hæredibus; *Nov.* 118. *cap.* 1.

Posthumi, &c. in potestate ejus] Addendum; Si nemo eos gradu præcedat; §. *pen. supr. de tutel.*

COMMENTARIUS.

1 *Legitimati an ad Feudi successionem admittantur.*

2 *Cessare hodie edictum de conjung. cum emanc. lib.*

HIc §. prolixus est, sed planus: continet enim repetitionem eorum, quæ jam ante diversis in locis tradita & illustrata sunt, maxime in §. *ult. sup. de nupt.* §. 2. *de exhær. lib.* §. 2. *de hær. qual.* ut novam explicationem non magnoperè desideret. Sui hæredes ita à nobis *d.* §. 2. *de hær. qual.* definiti sunt: Liberi defuncti, qui in potestate morientis fuerunt, & tempore delatæ hæreditatis primum in familia defuncti gradum obtinent; quæ definitio modis omnibus perfecta est, ut patet ex hoc textu, *junct.* §. 7. *inf. eod. l.* 6. *de injust. rupt. l.* 7. *unde lib.*

Pronepos proneptisve] Ordo est; *Pronepos proneptisve, pregnatus pregnatave ex nepote nato ex filio*; hoc est ex nepote, qui non ex filia, sed ex filio susceptus sit: nam nepotes ex filia huc non pertinent; quia patris, non matris familiam sequuntur, *l. famil.* 196. §. 1. *de verb. sign.* Pertinent quidem huc ex novo jure; sed de eo nondum tempus est differendi.

Nec interest, utrùm naturales sint, an adoptivi] Per naturales intelligit ex justo matrimonio natos: quam perpetuam naturalium liberorum significationem esse, cum opponuntur adoptivis; docuimus in *d.* §. *ult. de nupt.* Adoptivi in causa successionis ab intestato eadem conditione sunt qua naturales, non veteri solùm jure; *l.* 1. §. 4. *de suis & legit.* sed etiam novo, ex Constitutione Justiniani; qui jus succedendi ab intestato integrum conservavit etiam his, qui adoptivi sunt ab extraneo; *l. pen. C. de adopt.* Sed de horum successione plures *inf.* §. & 14.

Quibus connumerari, &c.] Recenset hic duos modos, quibus liberi extra nuptias quæsiti, cæterum nati ex concubina muliere libera, quam pater uxorem habere poterat, jus suorum hæredum nanciscuntur ex suis vel anteriorum Principum Constitutionibus: Si Curiis oblati fuerint, Si mater posteà uxor ducta; & nimirum eos ipsos modos, quibus tradidit, liberos natos ex parentibus non conjugatis legitimos effici & in potestate patris; *dicto* §. *ultim. de nupt.* Idem jus concessum legitimatis per rescriptum Principis: qui modus confirmandæ paternæ originis posteà accessit; *Nov.* 74. & 89. revise, quæ *supr. ad dict.* §. *ultim.*

Quod obtinere censuimus, etsi non progeniti] Cum Constitutio Justiniani in *l.* 10. *C. de nat. liber.* qua natos ex concubina, quæ procedente deinde affectione uxor ducta sit, patri suo legitimos fieri voluit, strictè à nonnullis accepta esset: quasi eo tantùm casu legitimos eos fieri Justinianus voluisset, quo ex matrimonio secuto quoque liberi nati forent, superioribus fratres & sorores, quod ex verbis Constitutionis colligebant; Justinianus nova & speciali Constitutione mentem suam pleniùs exposuit, atque expressè jussit Natos ante matrimonium etiam eo casu legitimos fieri, quo nulli liberi ex matrimonio posteà contracto nati fuerint, aut nati ex hac tub lati. Extat Constitutio in *l.* 11. *Cod. de natur. liber.* Hinc apparet, mendosè legi textum, qui claudit *dict.* §. *ultim. de nupt.* & omninò restituendam esse lectionem sic, ut ex Hotomanno eam illic restituimus. Jure feudali ad feudi successionem soli videntur admitti, qui legitimè nati sunt, exclusis omnibus legitimatis; *lib.* 2. *Feud. tit.* 26. *vers. naturales, Vult.* 1. *feud.* 9. *Sonsbec. de feud. lib.* 5. *pag.* 9. *num.* 72. *Hotoman. ad d. vers. naturales*; quamvis major pars Interpretum excipiat legitimatos per subsequens matrimonium. Feudistæ post *Andr. de Isernia in d. vers. naturales, Curt. tract. feud. part.* 1. 2. *memb.* 3. *part. princ. num.* 41. *Zas. de Feud. part.* 8. *D. Tulden. comm. hic cap.* 13. quo jure etiam nos utimur, *Neostad. cap.* 5. *de feud. Holl. success. num.* 79. distinguunt quoque inter legitimationem Principis simplicem, & quando Princeps nominatim ad feuda quoque liberos legitimavit, *Curt. dict. loc. num.* 39. *Zas. ibid. Bercholt. de Feud. cap.* 7. Sed de hoc item dictum sub §. *ult. de nupt.* 1

Ita demum nepos neptisve] Quamvis semper filius, qui est in potestate, simul suus hæres sit: in persona tamen nepotis & cæterorum descendentium sæpe contingit, ut in potestate sint adscendentium, nec tamen numerentur inter suos hæredes; puta si nepotem filius, pronepotem filius aut nepos præcedant. Nam ad jus sui hæredis non sufficit esse in potestate, nisi simul proximum à defuncto gradum obtineas, hoc est, nemo te in tuo ordine antecedat. Ideòque ut nepos, verbi causa, jus sui hæredis consequatur, necesse est

est primùm filium de familia sublatum esse: tunc autem statim in patris sui locum succedit, & quasi agnascendo jus sui hæredis in familia avi nanciscitur, de quo fusiùs sub §.2. *de exhær. lib.* & §. 2. *de hær. qual.* Disertè autem locutus est de nepotibus & neptibus ex filio, omissis consultò natis ex filia; quòd hi uti extra familiam avi materni nascuntur, ita & manent matre sublata. Posteà tamen vocati sunt ex Constitutionibus, & ante agnatos admissi, §. *ult. inf. eod.* & plenissimo jure unà cum filiis aut nepotibus ex filio suis hæredibus, *Nov.*118.*c.*1.

Sive alia ratione, veluti emancipatione] Sed hodie quoad effectum succedendi nepotes in potestate retenti in locum patris sui emancipati non succedunt, aut jus suorum hæredum consequuntur: verùm filius nepotem ex se natum semper excludit, *d. Nov.* 118.*c.*1. ut nec ampliùs locus sit
2 edicto *de conjung. cum emanc. lib.* Multòque magis obstabunt nepotibus ex se natis, quos dignitas de potestate patria exemit: quippe quibus jura suorum heredum integra conservari voluit Justinianus, *Nov.*8.*c.*2.

Posthumi quoque] Posthumi, qui vivo parente nati in ejus fuissent potestate, primumque gradum in familia obtinuissent, suorum hæredum numero sunt, §. *penult. supr. de tutel* sicut & in aliis omnibus juris partibus, qui in utero sunt pro jam natis habentur, quoties de eorum commodo agitur; *l.* 7. & *pen. de stat. homin.* De diversis posthumorum generibus tractatum *supr.* §.1. & *seq. de exhær. lib.* & §. *posthumo* 26. *de legat.*

TEXTUS.

Quomodò sui hæredes fiunt.

3. *Sui autem heredes fiunt etiam ignorantes; & licèt furiosi sint, hæredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur; ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim à morte parentis quasi continuatur dominium; & ideò nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus acquiratur suis hæredibus hæreditas: nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed ipso jure.*

NOTÆ.

3. *Etiam ignorantes*] Nimirum quia ipso jure, *l.*34. *de suis & legit. her. l.*1. §.7. *si quis om. ca. test.* cujus rei effectum cernere est in *leg.*3. *Cod. de jur. delib.* Jure civili etiam inviti: cæterum Prætoris beneficio jus abstinendi habent, §.2. *supr. de hær. qual.*

Quibus ex causis ignorantibus] Regula tradita à Pomponio *in leg.*12. *de rebus cred. leg.*24. *de obl. & act.*

Continuatur dominium] *Leg.*11. *de lib. & posthum. vid. supr. dict.* §.2. *de hæred. qual.* non tamen possessio, *l.*23. *de acquir. poss. facit l.*19. *ex quibus ca. maj.*

COMMENTARIUS.

1 *An uti dominium, ita & possessio rerum hæreditariarum suis hæredibus continuetur.*

HOc quoque loco inculcantur pleraque, quæ relata & explicata sunt §.2. *de hæred. qual.* Ait *ignorantes*. Sui hæredes ipso jure, id est, sine ullo suo facto aut voluntate, sola juris potestate hæredis fiunt: & ideò non ut extranei hæreditatem adire dicuntur, sed hæredes existere; *leg.*14. *de suis & legit. hæred.* Quo jure posito, consequens est, ut hæredes extstant etiam ignorantes: atque hinc si quis ex suis hæredibus patri superstes decesserit, quamvis ignorans patrem decessisse; nihilominus tamen hæreditatem patris ut jam potestate juris quæsitam ad quoscumque hæredes transmittit, *leg.* 3. *Cod. de jur. delib.* Quinetiam inviti & nolentes hæredes fiunt, eaque de causa necessarii quoque hæredes appellantur, *dict.* §.2. cujus rei magnus jure civili effectus fuit. Cæterum jure prætorio beneficium abstinendi habent, *dict.* §.2. & tamen post abstentionem nihilominus hæredes manent quoad multa effecta. Unde illud. Non est sine hærede, qui suum hæredem habet, licèt abstinentem se, *l. cum quasi* 30. §. *sed etsi* 10. *de fideic. libert.* Sed repete notata ad *d.* §.2. quo loco etiam monuimus: jure harum regionum hæredes omnes esse voluntarios.

Et licèt furiosi] *Leg. furiosus* 63. *de acquir. hæredit. leg. ultim.* §.2. *Cod. de cur. fur.* Hoc autem & ipsum ex jure superiore necessariò sequitur; Quia, ut ait, quibus ex causis ignorantibus acquiritur; ex his omnibus acquiri potest & furiosis: quod & alibi traditum, *leg.*12. *de rebus cred.* & 24. *de obl. & act.* eademque ratio & infantis & pupilli est, Paul. *apud Ruffinum tit. de legit. success.*

A morte parentum continuatur dominium] Suis non tam acquiritur hæreditas, quàm dominium continuatur, *l.*11. *de liber. & posth.* Ob eam enim causam sui dicuntur, quòd non alienarum, sed suarum quodammodò rerum hæredes esse videantur: quippè suus hæres patri vivo quasi cohæres & communium bonorum socius est; ut illo mortuo, non novum acquirat dominium, sed quod prius cœperat, tunc plenum habere incipiat, *dict. l.*11. *dict.* §.2. *de hær. qual.* cùmque ipso mortis momento statim hæres existat, *l.*2. §. *qui sunt* 6. *si quis om. ca. test.* jacere hæreditas nunquam dici potest: pulcherrimè *Hotom. observ.*10. Cæterum non ut rerum hæreditariarum dominium, ita & possessio suis hæredibus continuatur: quoniam possessio, cùm facti sit, citra naturalem rei apprehensionem non acquiritur, *l.*1. §.3. *l.*3. *in prol.* 8. *de acquir. possess. l.*19. *ex quibus ca. maj.* Et quod traditum est in *leg. cum hæredes* 23. *de acquir. possess.* Adita hæreditate jura quidem omnia ad hæredem transite; pos-

possessionem verò non transire, nisi naturaliter apprehensa sit: id non magis ad extraneos pertinet quàm ad suos hæredes. Nam ut concedamus, existentiam in suis hæredibus parem vim habere cum additione in extraneis; majorem tamen vim ei inesse putare & fortiùs operari, valdè absurdum est. Imò eamdem prorsus vim habet aditio in hæredibus extraneis, quam in suis immixtio. Movere neminem debet, quod in *leg. cum miles 30. ex quibus ca. maj.* apud Paulum scriptum est: Possessionem defuncti quasi junctam descendere ad hæredem. De effectu enim usucapiendi loquitur: quod quoad hunc effectum, qui sine possessione nullus est, *l. 25. de usuc.* ipsa simul possessio transire videatur, propterea quòd tempora possessionis defuncti & hæredis ita conjunguntur, ut usucapio nunquam interrupta videatur, *leg. nunquam 31. §. penultim. dict. tit.* Alioqui contra jus expressum inferri posset etiam hæreditatem jacentem possidere; quoniam usucapio à defuncto cœpta etiam ante hæreditatem aditam impleri potest, *leg. cœptam 40 de usucap.* Illud nimis jejunum est, quod vulgò objicitur: dominium non acquiri sine possessione. Nam hoc ad modos acquirendi, qui sunt ex jure gentium, pertinet: in civilibus autem acquisitionibus non est perpetuum, *leg. à Titio 64. de furt. l. 19. §. 1. quemad. serv. am. add. Vigl. ad dict. §. 2. de her. qual. Gail. 2. observat. 129. Mynsin. 3. observ. 38. Anton. Fab. C. suo de inoff. testam. defin. 4. Christin. volum. 2. decis. 26.* In Burgundia & tota ferè Gallia obtinet illud; *Le mort saisit le vif. Tiraquel. in isto tractat. Chassan. de success. rub. 7. §. 1.*

Nec tutoris auctoritate] Hoc quoque consectarium, ut & quod mox sequitur, ex eadem juris ratione est. In extranei hereditate contra observatur: quippe quam pupillus sibi delatam adeundo acquirere non potest sine tutoris auctoritate, *l. 9. l. pupillum 49. de acquir. hæredit.* etiamsi perspicuè lucrosa sit, neque ullum ab aditione periculum immineat, *l. 9. §. 2. de auct. tut. §. 1. suprà eodem tit.* Pupillis infantibus quomodò extranei hæreditas acquiratur; cognosces obiter ex *leg. servo 65. §. 3. ad senat. Trebel. leg. 18. Cod. de jur. deliber.* tractatio non est hujus loci.

Nec curatoris assensu furioso] Imò nihil curatoris assensu furioso acquiri potest; ac proinde nec hæreditas extranei: cùm per rerum naturam fieri non possit, ut consensus alterius accommodetur ei, cujus nulla voluntas est. Sed nec ipse curator nomine furiosi hæreditatem jure civili adire potest. Planè potest, si velit bonorum possessionem nomine furiosi agnoscere, *leg. 1. de bon. possess. fur.* imò ex Constitutione Justiniani etiam debet, ubi manifesta est furiosi utilitas, *l. ult. §. 3. C. de cur. fur.*

TEXTUS.

De filio post mortem patris ab hostibus reverso.

4. *Interdum autem, licèt in potestate parentis mortis tempore suus heres non fuerit, tamen suus heres parenti efficitur; veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris sui: jus enim postliminii hoc facit.*

COMMENTARIUS.

Licèt in potestate parentis, &c. non fuerit] Respicit ad id, quod dixit initio §. 2. Suos hæredes esse liberos, qui in potestate sunt, quo tempore parens moritur: unde hic excipit casum, quo filius ab hostibus captus post mortem patris revertitur. At enim si fictionem postliminii consideramus; nulla hic exceptio est: nam cùm postliminium fingat, eum, qui ad suos reversus est, semper in civitate fuisse; secundùm hanc fictionem etiam tempore mortis patris in potestate fuit. Verùm Imperator excipiendo spectavit rei veritatem: reverà enim suus hæres non est, nec in potestate morientis patris, qui eo tempore in potestate est hostium. Sic & filius 4
ejus, qui apud hostes decessit, invitus hæredi tati obligatur: quamvis suus hæres dici non possit (ut ait Jurisconsultus, *l. 12. qui test. fac.*) qui in potestate morientis non fuit: & tamen hic etiam in potestate & suus hæres est, ex lege Cornelia, quæ fingit; captum ipso momento captivitatis mortuum & in civitate.

Ius enim postliminii] Impp. Dioclet. & Maxim. id fictioni tribuunt legis Corneliæ, *l. 9. Cod. de postlim. rev.* sed abusio est nominum legis Corneliæ pro juris postliminii; nisi sit ἀμάρτημα μνημονικόν.

TEXTUS.

De memoria patris damnata ob crimen perduellionis.

5. *Per contrarium autem hoc evenit, ut licèt quis in familia defuncti sit mortis tempore; tamen suus heres non fiat: veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim heredem habere non potest, cùm fiscus ei succedat: sed potest dici; ipso quidem jure suum heredem esse, sed desinere.*

NOTÆ.

5. *Memoria ejus damnata*] Quod in crimine perduellionis speciale, *l. ult. ad Iul. maj.* In criminibus publicis peculatus, repetundarum, de residuis durat quidem etiam post mortem persecutio, *l. 20*

de

de accus. l. ult. ad leg. Iul. pec. at memoria rei non damnatur.

Sed desinere] Quia sententia, quæ post secuta est, retrotrahitur ac conjungitur cum tempore admissi criminis. Hotom.

COMMENTARIUS.

CAsus superiori contrarius, quo scilicet fit, ut qui mortis tempore in potestate defuncti est, & proximum in familia gradum obtinet, suus tamen hæres non efficiatur: quod ait evenire, si pater post mortem suam perduellionis reus judicatus fuerit; quomodò & Ulp. hoc extulit *l. 1. §. 3. de suis & leg. Interdum*, inquit, *etiam filius suus hæres excluditur, fisco prælato; ut puta si perduellionis fuerit damnatus pater post mortem suam. Basi. 45. tit. 1.* ὅτι [illegible] κατακριθῇ.

Post mortem] Speciale est in crimine perduellionis, quod accusatio & cognitio cœpta etiam post mortem rei peragitur: nam reliqua ferè crimina mortalitate extinguuntur, aut potiùs criminum persecutio, *l. ultim. ad leg. Iul. maj. tot. tit. Cod. si reus vel accus. mort.* Quid intersit inter crimen majestatis & perduellionis; demonstrabitur alio loco.

Memoria ejus damnata] Gravius & severius est, memoriam alicujus damnari, quàm persecutionem criminis post mortem durare. Persecutio durat etiam in judiciis publicis peculatus, repetundarum, de residuis, *l. ex judiciorum 20. de accus. l. ult. ad leg. Iul. pecul.* At memoria rei damnatur in solo judicio perduellionis, lata in ipsum mortuum sententia, per quam, quasi adhuc viveret, memoria ejus deleatur, *l. ult. Cod. ad leg. Iul. maj.*

Suum hæredem esse, sed desinere] Patre mortis suæ tempore nondum damnato, ac proinde libero & cive Romano decedente, filius non potest non suus hæres esse: cùm, ut dictum est, statim à tempore mortis hæreditas suis heredibus acquiratur: sed quia tempus sententiæ & secutæ posteà condemnationis retrotrahitur ac conjungitur cum tempore admissi criminis; fit, ut jus suitatis extinguatur, aut potiùs perinde habendum sit, ac si mortis tempore suus hæres non fuisset, & jam à die contracti criminis desiisset esse in potestate, argum. *leg. 15. leg. donationes 31. §. ultim. de donat. leg. ultim. ad leg. Iul. maj.*

TEXTUS,

De divisione hæreditatis inter suos hæredes.

6. *Cum filius filiave & ex altero filio nepos neptisve existunt; pariter ad hæreditatem uti vocantur, nec qui gradu proximior est ulteriorem excludit. Æquum enim esse videtur, nepotes neptesve in patris sui locum succedere. Pari ratione & si nepos neptisve sit ex filio, & ex nepote pronepos proneptisve; simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere; conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes, hæreditatem dividi: ut filius partem dimidiam hæreditatis habeat; & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filius nepotes neptesve existant; ex altero unus aut duo fortè: ex altero tres aut quatuor; ad unum aut duos dimidia pars pertineat: ad tres vel quatuor altera dimidia.*

NOTÆ.

6. *Gradu proximior*] Cajus illo loco, *Propior*; quod magis placet; quia proximitatis verbum prætorium est, & ad cognatos pertinet, *§. 3. inf. tit. prox.*

In patris sui locum succedere] *Leg. 1. §. 4. de suis & legit. l. 3. Cod. eod. Ulpian. tit. 26* §. 1. Quæ successio vulgò dicitur repræsentatio. Alio sensu dicimus: In suis non esse successionem, *l. 1. §. 8. dict. tit.* nempè cum agitur de gradibus ejusdem lineæ, hæreditatem, quæ filio semel delata sit, nepoti ut suo hæredi non deferri, *leg. ult. Cod. und. lib.*

Et ex nepote pronepos] Et pari ratione si sit ex nepote pronepos, & ex altero pronepote abnepos. Nam jus repræsentationis intra certum descendentium gradum conclusum non est, fac. *leg. 1. §. 7. de conjug. cum emanc. lib. Novel 118. cap. 1.*

Non in capita] Non [illegible], ut *Nov 118. cap. 3. in fin.* non ut in tot partes dividatur hæreditas, quot sunt capita sive personæ succedentium.

Sed in stirpes] Schol. Th. [illegible], ut qui sunt ex una stirpe; partem unam ferant: qui ex altera, licèt pauciores; alteram, *l. 8. §. 1. de inoff. testam. l. 2. Cod. de suis & leg. dict. Nov. 118. cap. 1.* Quæ ratio succedendi tota est ex jure illo repræsentationis proprio suorum hæredum: producta tamen posteà longiùs, *§. ult. infr. eod.* & tandem ad liberos omnes primi & inferiorum graduum, *dict. 9. Nov. 118.* Quinimò & ad filios fratrum succedentes cum defuncti fratribus, *dict. Nov. 118. cap. 3.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit in capita, quid in stirpes succedere.*
2 *Successionis in stirpes jure veteri usum tantùm inter suos hæredes fuisse, & hujus successionis ratio.*
3 *Quatenus hæc successio procedente tempore extensa.*
4 *Cur in ea proximior ulteriorem non excludat.*
5 *Illustratur aliis quibusdam exemplis.*

6 *Etiam*

6 *Etiam ubi soli sunt nepotes ex diversis filiis, in stirpes familiam ercisci.*

LOcus est notabilis, in quo agitur de ratione succedendi & divisione hæreditatis inter suos hæredes primi & sequentium graduum. Descriptus autem est ex Gajo *lib.3.instit.apud Rufin.*
1 *tit. de legit. success.* Omnis ab intestato successio aut est in capita aut in stirpes. In capita, ὁμοιοτίμως succedi dicitur, cum in tot partes hæreditas dividitur, quot sunt capita sive personæ succedentium: in stirpes, κατὰ γενεὰν, cum pro numero stirpium secatur; ut qui sunt ex una stirpe, partem unam ferant; qui ex altera, licèt pauciores aut unus tantùm, partem alteram. Capita sunt personæ unius aut plurium stirpium. Stirpes sunt generis origines; veluti filius est stirps nepotum; nepos stirps pronepotum. In capita toties succeditur, quoties personæ succedentium proprio jure & ex sua persona veniunt: in stirpes, cum veniunt jure repræsentationis; id est, ex persona ejus, in cujus jus & locum suc-
2 cesserunt. Et successionis quidem in stirpes jure veteri inter descendentes tantùm eosque descendentium solos usus fuit, qui ex aliis progeniti aut nepotibus ex filio in avi aut proavi, de cujus successione agebatur, potestate & in familia proximi mortis tempore inventi essent, filiis puta aut nepotibus præmortuis emancipatisve; *l.1 §.4. de suis & legit. hæred. l.2. l.3. Cod. eod. leg. 8. §.quoniam 8. de inoff. testam. Ulpian. tit.26. §.1. Gail. lib 2. tit.8. §.2.* Etenim ratio succedendi in stirpes, ut ex citatis locis intelligere licet, tota est ex jure singulari suorum hæredum: nec aliud fundamentum habet, quàm quod filiifam. vivo etiamnum patre, domini bonorum paternorum habiti sunt, *l.11. de liber. & posthum. §.2. sup. de hær. qual.* & jam hæredes κατὰ δύναμιν: quòdque hinc, filio è familia patris sublato, statim nepotes ex eo in locum ejus & gradum succedunt, & jus sui hæredis idem illud, quod pater ante habuit, quasi persona ejus induta in familia avi nanciscuntur, *d.l.1. §.4. de suis & legit. §.2. sup. de exhær. lib. l.13. de injust. rupt.* Hoc siquidem jure constituto, consequens omninò est: ut nepotes & deinceps ex masculis descendentes in successione avi ab intestato & cæterorum per partem adscendentium in stirpes veniant, ut qui sunt ex una stirpe, licèt plures numero, non amplius consequantur quàm parens eorum, cujus personam repræsentant, laturus fuisset, & quàm capiunt ex alia stirpe fortè pauciores, *d. l.8. §.quonia h de inoff. test. d. l.2. C. de suis & legit. lib.* Cæterum postquàm exemplo suorum hæredum
3 matris etiam & aviæ hereditas liberis delata fuit, & deniq; liberorum omnium conditio in successione parentum exæquata; placuit, eamdem rationem in divisione hæreditatis inter liberos primi & inferiorum graduum servari, *§.ult. sub fin. l.9. C. de suis & leg. lib. Nov.118. c.1.* In linea quoque collaterali fratrum & sororum filii jure repræsentationis seu in stirpes veniunt cum defuncti fra-

tribus; ex eadem nova Justiniani Constitutione 118. *cap.3.*

Nec qui gradu proximior ulteriorem excludit] 4
Quem tamen excluderet, nisi ulteriorem placeret in locum patris succedere, & jure repræsentationis quasi eodem gradu cum proximiore existentem ad successionem admitti. Hæc autem verba declarant, quomodò accipiendum sit, quod præcedit, *Pariter ad hæreditatem vocantur*: nempe non de æqualitate partium hæreditatis, in quas succeditur; sed de pari ac æquali jure successionis: quòd scilicet nepotes etiam locum patris ingressi, ut sui hæredes, & ideò æquali jure & pariter sive simul cum patruis suis ad successionem avi vocentur, *l.3. Cod. de suis & legit. liber.* Quòd autem in specie illic proposita etiam hereditas in partes æquales dividi debet; ex accidenti est, ubi nepos ex uno filio & alter filius soli concurrunt.

Et ex nepote pronepos proneptisve] Et pari item 5
ratione si sit ex nepote pronepos proneptisve, & ex altero pronepote abnepos vel abneptis; simul vocabuntur. Nam jus repræsentationis intra certum descendentium gradum conclusum non est; per *l.1. §. liberos 7. de conjung. cum emanc. li. Nov. 118. c.1.* Nec aliud hoc loco propositum Justiniano fuit, quàm exemplis, quæ fortè hic attulit, declarare, quomodò remotiores concurrentes cum proximioribus succedant: quæ & communis est Interpretum nostrorum sententia, *vid. Gomez. t. var. resol. cap.2. num.15. Schrad. de feud. part. 7. cap.5. n.41.*

In parentis sui locum succedere] Ratio successionis in stirpes; quæ modò à nobis fusè explicata est. Ait: *Ex altero filio duo pluresve*: quare & si unus tantùm sit filius, & ex altero filio sex nepotes; ille unus integrum semissem hæreditatis, & tantum solus quantum nepotes omnes habebit. Quòd si plures sint filii; singuli tantum capiunt, quantum nepotes ex filio præmortuo universi. Et convenienter: Si duo aut plures sint nepotes ex diversis filiis, & ex alio nepote pronepotes; hi pronepotes universi non plus ferent quàm nepotum singuli. Quibus casibus mixta est successio. Observandum autem est: non minùs nepotes ex filio quàm nepotes in locum parentum succedere, *l.1. §. non minus 6. de suis & legit.*

Item si ex duobus filiis nepotes] Exemplum 6
simplicis successionis in stirpes, cum soli sunt nepotes ex diversis filiis: & hoc casu maximè est conspicua vis repræsentationis, quæ ex jure suitatis primam traxit originem. Licèt enim omnes hic pari gradu sint, ut proprio singuli jure succedere posse videantur: tamen postquàm semel placuit, nepotes in locum patris sui demortui aliave ratione exuti jure sui hæredis succedere; non debuit hoc jus ex accidenti aliquo variari: puta ut soli nepotes ex diversis filiis, & numero inæquales, seu pauciores cum pluribus ex hac vel illa stirpe concurrentes in capita hæreditatem dividerent, *l.2. Cod. de suis & legit. hæred.* Quare

sic

sic in universum rectè definies: Descendentes ex masculis omnes, qui sunt diversarum stirpium quantumvis ejusdem omnes gradus, in stirpes, non in capita succedere.

TEXTUS.

Quo tempore suis spectatur.

7. *Cum autem quæritur: an quis suus hæres existere possit; eo tempore quærendum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse: quod accidit & destituto testamento. Hac ratione si filius exhæredatus fuerit & extraneus hæres institutus: & filio mortuo, posteà certum fuerit, hæredem institutum ex testamento non fieri hæredem, aut quia noluit esse hæres, aut quia non potuit; nepos avo suus hæres existet: quia quo tempore certum est intestatum decessisse patrem familias; solus invenitur nepos: & hoc certum est.*

NOTÆ.

7. *Destituto testamento*] Eò quòd nemo hæres ex eo extiterit: quæ destitutio patremfam. ex eo tempore intestatum facit, *l.1. de suis & leg.* Extra hunc casum idem semper est tempus mortis & delatæ hæreditatis.

Filio mortuo] Dum fortè hæres scriptus deliberat, *d. l.1. §.1. & d. l.7.* Hinc colligitur; per exhæredationem non tolli jus familiæ; alioqui nepos statim, occupato loco patris, testamentum avi everteret.

Nepos avo suus hæres] Nec obest, quòd filius patri superstes fuit. Quia filio non est delata hæreditas, utpotè jam mortuo quo tempore defertur ab intestato, *d. l.1. §.8. de suis & leg. junct. l.39. de acq. hær.*

COMMENTARIUS.

1 *Et 3. Quando quæstionis proposita locus.*
2 *Plura exempla huc pertinentia.*
3 *Removentur quæ hic objici posse videntur.*

Et si certum est, in causa successionis ab intestato primum locum suos obtinere hæredes; tractari tamen potest: Quo tempore inspiciendum sit, an aliquis suus hæres existere possit; mortisne defuncti tantùm: an etiam aliàs delatæ ab intestato hæreditatis. Enimverò hæc quæstio locum habere non potest, cum nullum testamentum defunctus fecit, aut non jure fecit: quo casu palam est, tempus mortis à tempore delatæ hæreditatis non separari, ac ne tunc quidem, cum testamentum factum est, sed vivo adhuc testatore vitiatum aut destructum: nam hic quoque necesse est, ut tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis, quo jam nullum erat testamentum, concurrat. At locum habet in casu testamenti destituti, hoc est, cum in irritum constituitur testamentum quod jure factum erat post mortem testatoris, eò quòd hæres scriptus ex testamento hæreditatem non adierit. Cùm enim lex hæreditatem nemini deferat ab intestato, quamdiu ea ex testamento adiri potest, *leg. quamdiu 39. de acq. hær.* hic jam tractationi propositæ locus fit; utrùm cum quæritur: An ut quis tamquam suus hæres succedere possit; inspiciendum sit tempus mortis testatoris, quo adhuc sua vis testamento constat: an tempus testamenti deserti, ut sufficiat vel eo tempore suum esse, quo hæreditas ab intestato defertur, seu cum certum esse incipit, defunctum intestatum decessisse, neminemq; ei testamento hæredem fore: quod postetius placuit, *l.1. §. sciendum 8. de suis & leg. l.6. in pr. vers. planè de injust. rupt. l.7. unde lib. & hoc text.* Hinc ergo interdum evenit, ut suus hæres existat, qui eo tempore, quo is, de cujus hæreditate agitur, decessit, suus hæres non erat. Quæ res uno exemplo hic declaratur; videlicet: Si paterfa. testamento facto decesserit, exhæredato filio, ex quo ei nepos erat; & post exhæredati mortem contingat, institutum hæredem non esse: hoc enim casu nepotem avo suum hæredem existere: quo exemplo etiam utitur Ulp. *d. l.1. §. sciendum de suis & leg.* & Papin. *d. l.7. unde liber.* Aliud & simile habemus apud Theophilum: Si filius exhæredatus, extraneo sub conditione instituto, pendente conditione decesserit, & posteà defecerit conditio. Ulp. *d. l.1. §. sciendum*, etiam exemplum affert in filio sub conditione, quæ fuit in arbitrio ipsius, instituto, & mortuo non impleta conditione. In legitima quoque agnatorum successione hujus quæstionis usus est, cum disputatur, quo tempore spectanda proximitas; *§. proximus 6. seq. tit.*

Quod accidit & destituto testamento] Id est, cum ex testamento nemo hæres extiterit; vel quia hæres institutus hæres esse noluit; vel quia non potuit, ut statim sequitur: quæ destitutio ex eo tempore patremfam. tam intestatum facit, quàm si aut nullo facto testamento, aut eo, quod factum erat, ante mortem evacuato decessisset; *sup. in pr. eod. d. l.1. de suis & leg. hær. l.1. de injust. rupt. test.*

Si filius exhæredatus, & extraneus hæres institutus, & filio mortuo] Ait *exhæredatus*: nam ut valeat testamentum, quo filius ipse non instituitur; exhæredatum eum nominatim esse oportet; *l. propen. de lib. & post. sup. de exhær. lib. in pr.* Ait *filio mortuo*, deliberante fortè hærede instituto; *d. l.1. §. sciendum de suis & leg. hær. d. l.7. unde liberi.* Necesse autem est, ut quæstioni locus sit, filium medio tempore decessisse; alioqui ipse deserto testamento suus hæres patri existet, *leg. filium 20. de bonor. poss. cont. tab.* Hinc colligunt, per exhæredationem non tolli jus familiæ; & rectè: alioqui ipse nepos prorsùs patris locum occuparet, atque ipso statim jure everteret testamentum avi: *vid. nostra ad §. non solum 4. sup. de pup. subst.*

An

Aut quia non potuit] Puta quòd antequàm hæreditatem adiret, mortnus sit: aut cùm sub conditione hæres institutus esset, conditio defecerit. Adeunte igitur extraneo, manet sepultum jus nepotis.

Nepos suus hæres existet] Nec obstabit nepoti, quòd filius exhæredatus suo superstes fuit: quòd filio non est delata hæreditas; quæ ratio redditur in *d.l.1. §. sciendum, de suis & legit.* significatur *in l.6. pr. vers. planè, de injust. rupt. & d. l.7. unde lib.* ac simul removet, quod objici posset, quamquam ejusdem potestatis est, in suis hæredibus successionem non esse; videlicet quia isti regulæ tunc locus est, quando quæstio est de nepote ut suo hærede admittendo post delatam filio hæreditatem, *d.l. § sciendum.* An jure civili hodierno in descendentibus locus sit edicto successorio; difficilis & intricata quæstio est, quæ fusè tractatur à *Bart. Bald. Salic. Castr. in l.3. C. unde lib.*

TEXTUS.

De nato post mortem avi, vel adoptato à filio emancipato.

8. *Et licet post mortem avi natus sit; tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteàque deserto avi testamento, suus hæres efficitur. Planè si conceptus & natus fuerit post mortem avi mortuo patre suo, desertoque posteà avi testamento, suus hæres avo non existet: quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit. Sed nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem cùm non sint sui (quantum ad hæreditatem) liberi; neque bonorum possessionem petere possunt quasi proximi cognati. Hæc suis hæredibus.*

NOTÆ.

8. *Avo vivo conceptus*] Ratio est: Quia qui in utero sunt, quoties de commodo eorum agitur, pro jam natis habentur, *l.7. l. pen. de stat. homin. l.7. de suis & leg.*

Nullo jure cognationis] Dicitur tamen cognatus, sed per abusionem, vel potiùs ἀναφορικῶς, *l.8. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Species, & cur in ea filius non obstet nepoti, aut nepos non rumpat.*
2 *Conceptum & natum post mortem avi huc non pertinere, & quare.*
3 *De adoptato à filio emancipato.*
4 *Amplius de concepto, & nato post mortem avi.*

POst mortem avi natus, tamen vivo conceptus]
Aliud exemplum ad præcedentem tractationem pertinens, & quamdam continens amplificationem; nempe si quis filio exhæredato nuru
prægnante decesserit, & filio deinde mortuo antequàm partus ederetur, hæres institutus omiserit hæreditatem. Hic quoniam qui in utero sunt, cum de commodo eorum agitur, prò jam natis habentur, *l.7. l. pen. de stat. hom. l.7. de suis & legit.* placet, hunc nepotem, licèt natum post avi mortem, non minùs quàm si ante natus fuisset, avo suo ab intestato hæredem fore: neque magis obstare nepoti filium quàm in casu præcedenti propter eamdem rationem: Quia filio non est delata hæreditas, ut qui mortuus sit eo tempore, quo adhuc ex testamento adiri poterat. Cur verò hic nepos posthumus non rumpit agnascendo? Nimirum quia agnascendo is solus rumpit, quem tempore mortis nemo præcedebat. Hæc ad hunc fermè modum Jurisconsultus in *l.6. pr. vers. plane de injust. rupt.* 1

Planè si & conceptus & natus] Quod dictum est *§. præc.* Nepotem avo suo hæredem existere
posse, qui tempore mortis suus non erat, mo- 2
dò solus inveniatur tempore destituti testamenti, hoc nunc sic restringit, ut dicat: Id locum habere, cum tempore mortis nepos jam in rebus humanis fuit, aut saltem vivo avo conceptus. Cum Ulp. in *l.1. §. sciendum, de suis & leg.* De nepote verò concepto post avi mortem ait: Hunc nepotem, mortuo patre suo, non posse deserto testamento suum hæredem avo existere. Et addit rationem: Quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit. Ratio generalis, ex qua consequitur, nec posse eum ullo alio jure succedere, neque ut nepotem, neque ut cognatum ad bonorum possessionem admitti: quod etiam in calce expressum est, & pluribus locis apertissimè traditum. Sed de eo videbimus posteà.

Quem filius emancipatus adoptavit] Quem fi-
lius meus emancipatus adoptavit, nepos meus 3
non est, *l.26. de adopt.* ratio perspicua est: Quia per emancipationem filius agnatus esse desiit; & ita jus constitutum est, ut adoptati his tantùm, quibus agnascuntur, cognati fiant, *l.23. eod. tit.* ut mirum non sit, mortuo filio emancipato, non posse adoptivum illum vel tamquam suum vel tamquam inter liberos hæreditatem vel bonorum possessionem petere. Unde putaverit aliquis, hoc exemplum positum esse loco alieno. Sed videtur Justinianus qualiquali similitudine illustrare voluisse, quod dixerat de nepote concepto post mortem avi.

Cum non sunt sui] Vocem *suus* delendam esse Contius & Hotomannus existimant, proptereà quod ante dixit. Ne cognatos quidem esse, nedum liberos. Sed non placet nimia ista scrupulositas in examinandis verbis conditorum juris. Et cur verò vox ista retineri non posset? Per occasionem duntaxat ut probet, suos non esse; ne cognatos quidem esse ait: cæterum tota disputatio ex professo de suis hæredibus in-

stitu-

stituta est; ut ipse Justinianus testatur in extremo hujus §.

Quantum ad hæreditatem] Rectè quantum ad hæreditatem: nam in aliis rebus; puta privilegiis; causis prohibendarum nuptiarum; jure patronatus, nepotes etiam post mortem avi concepti pro liberis habentur: & sunt sanè sanguine conjuncti omnibus, qui avo fuerunt, aut ab eo descendunt; *l. 1. § pen. de suis & leg.* Quòd succedant in jus patronatus, docet Paul. *l. Paulus 47. §. 3. de bon. libert.* quo argumento admitti videntur & ad feuda; ad emphyteusim acceptam pro descendentibus; item ad jus retractus; *D. Tuld. comm. hic, cap. 4.*

4 *Neque bonorum possessionem petere quasi proximi cognati*] Sicut is, qui post mortem avi concipitur, non vocatur ad legitimam avi hæreditatem tamquam suus hæres; ita nec bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest; quia ut lex duodecim tabularum eum vocat ad hæreditatem, qui moriente eo, de cujus bonis agitur, in rerum natura fuit, quo in numero etiam habetur qui vivo eo est conceptus; ita Prætor proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerunt; *l. 6. cum 2. seqq. de suis & legit. l. 6. in pr. vers. planè, de injust. rupt. l. 1. §. si quis 8. unde cogn.* Quare quod dictum supra est: Nepotem, qui tempore deferri testamenti solus & proximus invenitur, avo suum hæredem existere; hoc sic est intelligendum: Si & remoto mortis tempore obstaculo, aut testamento non facto, & nemine eum tunc præcedente, statim jus succedendi habuisset; quod habere non potest, qui moriente avo in rebus humanis non est. Quod verò nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt; id Julianus scribit non propriè, sed per abusionem, vel potiùs ἀναφορικῶς accidere, *l. 8. de suis & legit. hær.* Pileus, ut refert Accursus hic, putavit: nunc etiam posse hunc nepotem suo jure succedere; ex *Nov. 118. c. 1.* sed contraria Joannis sententia pluribus probata est, testibus *Ioan. Fab. & Angel. hic.* Sanè *d. Nov.* nihil juvat opinionem Pilei, utpotè qua tantùm tollitur differentia sexus, gradus, & potestatis; add. *Bach. in Treutl. vol. 2. disp. 16. thes. 1. D. Tulden. in tit. Cod. de suis & legitim. n. 4. & d. cap. 4. ad hunc tit.* ubi tamen fatendum esse ait: Propositum Justiniani, qui omnia in hac successione ad simplicitatem naturæ redigere studet, maximè consentaneum esse, ut hoc quoque emendatum voluerit; cæterum cùm id expressè non fecerit; hujusmodi casu eveniente, opus esse remedio Principali; per *l. 2. de reb. eor. qui sub tut.*

TEXTUS.

De liberis emancipatis.

9. *Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent: neque enim sui hæredes sunt, qui in potestate morientis esse desierunt neque ullo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed Prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum possessionem unde liberi, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent; sive soli sint; sive cum suis hæredibus concurrant. Itaque duobus liberis existentibus, emancipato uno, & eo qui tempore mortis in potestate fuerit; sanè quidem is qui in potestate fuit, solus jure civili hæres est, & solus suus hæres: sed cum emancipatus beneficio Prætoris in partem admittitur, evenit, ut suus hæres pro parte hæres fiat.*

NOTÆ.

9 *Iure civili nihil juris*] Emancipatio & sui hæredis & agnationis jus adimit, *l. 11. de suis & legitim. leg. 1. §. 8. ad S. C. Tertyll. l. 7. de cap. min.*

Prætor naturali æquitate motus] Quia nihilominus liberi manent, quia manet naturæ vinculum & jus sanguinis, *l. 4. unde lib.* & maximè quia verum nihilominus est, ex masculis eos esse procreatos.

Bonorum possessionem unde liberi] *D. l. 4. & poss. unde lib.* Eadem ratione adductus dat testamento præteritis bonorum possessionem contra tab. *§. 3. sup. de exh. lib.*

In partem admittitur] Εἰς τὸ ἥμισυ, Theoph. Sunt enim emancipati apud Prætorem loco suorum hæredum; *tit. proxim. in pr.* Cæterùm, si quæ propria habent; his qui in potestate manserunt, conferre debent, *l. 20. §. 1. cons. tab. Vlp. lib. 2. inst. apud Rufin. tit. de leg. succ. l. 9. l. 18. C. de collat.* Ex *Nov. 118. c. 1.* etiam jure civili emancipati succedunt.

COMMENTARIUS.

1 *Qua ratione motus & quo colore Prætor emancipatis deferat bonorum possessionem unde liberi.*

Liberis emancipatis contingit capitis deminutio, per quam jus agnationis & familiæ amittunt; ut latè docetur *lib. 1.* Proinde cùm nec sui hæredes sint, qui in potestate esse desierunt: nec agnati propter mutationem familiæ; verus legitima hæreditas, quæ lege 12. tabularum suis dumtaxat hæredibus, & post hos agnatis defertur, ad eos non pertinet, *l. 11. de suis & leg. l. 1. §. capitis 8. ad sen. Ter. l. 7. de cap. minut.* Cæterùm quia nihilominus liberi manent, quia manet naturæ vinculum & jus sanguinis, *l. 4. unde lib. l. 8. de reg. jur.* & maximè quia nihilominus verum est, ex masculis eos esse procreatos; Prætor his succurrit, rescinditque capitis deminutionem: ut loquitur Jurisconsultus *l. 6. §. 1. in fin de bon. poss.* hoc est, perinde emancipatos vocat, ac si capite minuti non essent, utq; ipse restituit iis jus suorum hæ- 1

redum,

redum, dum eis defert bonorum possessionem unde liberi, atque in partem bonorum paternorum unà cum suis hæredibus admittit; Sic & in ordinatione testamenti eadem ratione adductus Prætor, quòd jus civile in suis tantùm hæredibus requirebat, jussit liberos emancipatos vel hæredes institui vel exhæredari, data præteritis bonorum possessione contra tabulas; *§. emancipatos, sup. de exhær. lib.*

Neque ullo alio jure] Lex duodecim tab. ad legitimam hæreditatem vocabat alios jure suitatis; alios jure agnationis; alios jure patronatus. Quod ergo ait: Liberos emancipatos neque suos hæredes esse, neque alio jure à lege vocari; planum ac perspicuum sensum habet: nec jure agnationis eos vocari, nec jure patronatus, quo vocantur, patrono mortuo, liberi ejus ad legitimam hæreditatem liberti; *infr. de succ. liberti.* ac proinde nodum in scirpo quærit Hotom. dum pro his verbis *Per legem duodecim tab.* legendum existimat *Prater legem*, &c.

Bonorum possessionem unde liberi] *L.4. & passim, si tab. test. nul. ext. l. unde liberi, §.1. infr. de bonor. poss.* Cæterùm si quæ propria habent; his qui in potestate manserunt, conferre debent, *l.20. §.2. contr. tab. l.9. l.18. Cod. de collat.* Ulp. *lib.2. instit. apud Rufin. tit. de legitim. success.* Unde liberi autem dicimus præcisè, pro Ex ea parte edicti, unde liberi vocantur. Quod in cæteris quoque bonorum possessionibus usuvenit. Sic dicitur bonorum possessio Unde legitimi, item Unde cognati, & Unde vir & uxor; *d. §.1. & seq. infr. de bon. poss.*

In partem admittitur] Dimidiam scilicet; *εἰς τὸ ἥμισυ.* Th. Nam emancipati apud Prætorem sunt loco suorum hæredum; *tit. seq. in pr. d. §.1. de bon. poss.* Et expresè scribit Justin. *dict. §. 1. C. de legit. hær.* Filium emancipatum in patris successionem sine ulla deminutione à Prætore vocari. Hæc autem bonorum possessio etiam suis hæredibus ex abundanti proposita, *dict. §.1. infra de bonor. poss. l.1. §.6. unde liberi.* Jure novissimo, etiam jure civili emancipati succedunt; *Nov.118. cap.1.*

TEXTUS.

Si emancipatus se dederit in adoptionem.

10. *At hi, qui emancipati à parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi: si modò cum is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinent, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem verò naturalis patris emancipati, ab adoptivo patre, & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æquè extraneorum loco fiunt, & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilò magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideò sic placuit, quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertineant, utrùm ad liberos ejus an ad agnatos.*

NOTÆ.

10. *Non admittuntur*] Quia alium hi patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili; *l. pen. C. de adopt.*

Quasi liberi] Quod ideò exprimit, quia etsi non admittuntur ex capite edicti *Unde liberi*, *l.4. l. ult. si tab. test.* admittuntur tamen alia parte, qua scil. vocantur cognati, *§.13. infr.*

Nihilò magis liberorum gradum] Sed tantùm invitantur tertio loco ad bonorum possessionem *Unde cognati*; *§.13. infr. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur ad bonorum possessionem Unde liberi non vocentur, qui à patre emancipati se adrogandos dederunt.*

2 *Cur ab adrogatione emancipati, vivo patre naturali, jus liberorum recuperent. Secus si post mortem ejus, & quod hic respectu patris adoptivi.*

Quod dictum fuit Liberos emancipatos beneficio Prætoris vocari ad bonorum possessionem Unde liberi: id hic locus docet non esse perpetuum. Et primùm non pertinere ad eos, qui à patre emancipati se adrogandos dederunt, & quo tempore pater naturalis moritur, adhuc sunt in potestate & familia patris adoptivi, *fac. l. ult. unde liberi.* Deinde non pertinere omninò ad emancipatos à patre adoptivo, cum de illius successione quæritur; quæ mox *seqq. §§.* pleniùs declarantur.

In adoptionem] Manifestum est, verbo generali significari hoc loco speciem adoptionis, quæ adrogatio dicitur: quippè quæ sola eorum est, qui sunt sui juris, *§.1. sup. de adopt.*

Non admittuntur] *L.4. unde liber.* Etenim Prætori hoc solum propositum fuit, ut succurreret emancipatis, qua tales sunt; idque ratione quadam commiserationis, quæ in iis cessat, qui se dederunt in adrogationem, aliumque sibi patrem quæsiverunt; dum his satis consultum in familia adoptiva, in qua jus suorum hæredum & agnationis nanciscuntur. Ad hæc Prætor emancipatos vocat inter suos hæredes, & tanquam suos, *tit. sequent. in pr. leg.6. §.1. de bonor. poss.* ratio autem non patitur, ut quis jus hæredis habeat in duabus familiis.

Quasi liberi] Id est, ex ea edicti parte, qua Prætor ad successionē ab intestato liberos vocat. Quod ideò expressit: quia etsi non admittuntur ut

ut liberi; admittuntur tamen alia parte editi, qua scilicet vocantur cognati; §. *admonendi* 13. *inf.* Illud satis constat, inter legitimos eos non admitti, quia jus agnationis per capitis deminutionem extinctum est.

Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur] Si liberi naturales emancipati & adoptati iterum emancipati sint, Prætor ex humanitate his restituit jus naturale liberorum, quod idem erat adrogatio: perindeque eos admittit ad bonorum possessionem patris naturalis, ac si semper sui juris mansissent; *l.* 4. *unde lib.* scilicet quia alioqui foret, ut spe omni destituerentur, atque excluderentur & à patris naturalis successione & adoptivi.

Quod ad patrem adoptivum pertinet, extraneorum loco] Jura enim adoptionis in eorum dissolvuntur emancipatione, ita ut & nomen liberorum emancipati à patre adoptivo amittant, & pater adoptivus post emancipationem pater esse desinat; *l.* 1. §. *liberos* 6. *l.* 4. *unde lib. l.* 2. §. *objicitur* 15. *ad Tertyll.* denique nullum ferè ex pristino jure retineatur vestigium, *l.* 13. *de adopt.* Particula (*ferè*) eo loco addita à Jurisconsulto, propterea quòd filiam quondam adoptivam uxorem habere non possum; *l. quin etiam* 53. *de rit. nupt.*

Post mortem patris naturalis] In bonis patris adoptivi nihil juris habent, sive ante, sive post mortem patris naturalis ab adrogatione emancipati fuerint. Quod verò attinet ad successionem patris naturalis; interest, emancipati sint vivo adhuc patre, an post mortem ejus: nam priori casu jus liberorum per adrogationem amissum beneficio Prætoris recuperant; posteriore casu non item: sed tertio demum loco invitantur ad bonorum possessionem Unde cognati; §. 13. *inf. eod.*

Iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi] Ratio cur ab adrogatione emancipati post mortem patris naturalis liberorum gradum non consequantur; ne alioqui in potestate adrogatoris sit, utri ad successionem ab intestato veniant, liberi n., an agnati: quippe qui facere posset, ut succederet agnatus proximus non emancipando, ut non succederet emancipando atque ita jus hæreditatis ex alieno penderet arbitrio: quod regulæ juris non admittunt; *l. illa institutio* 32. *de hær. inst.* Sed longiùs ista αἰτιολογία petita est. Commodiùs hæc afferri poterat, ne jam delata aut quæsita aliis liberis aut agnatis hæreditas ex postfacto & accidentia auferatur: neque ulla hic fit injuria liberis, utpote qui & ultro se in adoptionem dederunt, postquam à patre naturali emancipati fuere, & volentes iterum sunt emancipati à patre adoptivo.

TEXTUS.

Collatio filiorum naturalium & adoptivorum.

11. *Minus ergo juris habent adoptivi filii, quàm naturales. Namque naturales emancipati beneficio Prætoris gradum liberorum retinent, licèt jure civili perdant. Adoptivi verò emancipati & jure civili perdunt gradum liberorum, & à Prætore non admittuntur: & rectè. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest; nec quia desinunt sui hæredes esse, possunt desinere filii filiæve, nepotes neptesve esse. Adoptivi verò emancipati extraneorum loco incipiunt esse: quia jus nomenque filii filiæve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est, emancipatione, perdunt.*

COMMENTARIUS.

HIc locus continet antithesin liberorum emancipatorum naturalium & adoptivorum, cujus explicatio petenda ex iis, quæ dicta sunt sub §. *præc.* 9. & 10. Summa hæc est; Liberos naturales emancipatos jus liberorum & successionis ab intestato, quod amittunt jure civili, retinere jure prætorio: emancipatos verò ex adoptione nec à Prætore liberorum numero haberi, ullove modo vocari ad successionem quondam adoptivi patris. Ratio: quia illi, etsi sui hæredes esse desinunt, quod nomen civile est, non tamen desinunt esse liberi natura: hi planè extranei fiunt, jusque & nomen liberorum adoptione quæsitum emancipatione perdunt, *l.* 1. §. *liberos* 6. *l.* 4. *unde lib.* Regula: *Civilis ratio civilia iura perimere, &c.* plenissimè à nobis explicata est sub §. *ult. de l. agn. tut.* & §. *pen. de cap. dem.*

TEXTUS.

De bonorum possessione contra Tabulas.

12. *Eadem hæc observantur & in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti paterni liberis præteritis, id est, neque hæredibus institutis, neque ut oportet exhæredatis, Prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat Prætor ad eamdem bonorum possessionem; eos verò, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut nec ab intestato, ita longè minùs*

contra tabulas testamenti ad bona ejus admittit: quia desinunt in numero liberorum ejus esse.

NOTÆ.

12. *Et in ea bon. possessione*] Non solùm sc. in causa successionis ab intestato. Th.

Eos, qui in potestate, & emancipatos] Suis hæredibus præteritis ex abundanti hoc beneficium datum; *l. 1. pr. cont. tab.* quemadmodum & bonorum possessio. Unde liberi & suis & emancipatis pariter proposita, *l. 1. §. 6. und. lib.*

Qui in adoptiva familia] Sicut nec illa ab intestato his datur ob causam, quam *sup.* §. 10. adscripsi.

COMMENTARIUS.

1 *Etiam suis hæredibus propositam bonorum possessionem contra tabulas.*
2 *Communia utriusque bonorum possessionis.*
3 *Difficilius quem admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, quàm ab intestato.*

PRætor non tantùm in causa successionis ab intestato liberis emancipatis succurrit, data iis bonorum possessione unde liberi: verùm etiam testamento facto pollicetur præteritis bonorum possessionem contra tabulas: quæ bonorum possessio cum præcedenti illa tribus in rebus hoc loco comparatur.

Neque ut oportet exhæredatis] Non enim quævis exhæredatio summovet liberos à bonorum possessione contra tabulas: sed quæ ritè facta est: quæ vitiosè, pro præteritione habetur; *l. 8. §. 2. de bon. poss. cont. tab.* §. 3. *sup. de exhæ. lib.* Incautè D. Tuldenus *inf. tit. de bon. poss. c. 5.* pro *Non rectè* aut *vitiosè*, dixit, *Iniquè*. Nam qui dicunt *Iniquè* sc exhæredatos, certum est, iis nullum remedium superesse præter querelam inofficiosi testamenti. Eodem autem modo, quod jure civili testamento facto liberi sui hæredes instituendi sunt, aut exhæredandi; filii scilicet nominatim; filiæ & nepotes saltem inter cæteros, voluit Prætor institui, aut exhæredari etiam emancipatos, eoque neglecto, decernit eis bonorum possessionem contra tabulas testamenti, §. *emancipatos*, *sup. de exhær. lib.*

Eos qui in potestate] Sive naturales sive adoptivos; *l. 1. in pr. cont. tab.* Licèt enim bonorum
2 possessio contra tabulas potissimùm comparata sit emancipatorum gratia, quippe qui exhæredati aliud remedium non habebant: eadem tamen & in potestate constitutis, sive suis hæredibus proposita, si neque instituti, neque exhæredati sunt; *d. l. 1. in pr.* quamvis horum præteritione testamentum vitietur, nulliusque momenti jure civili sit; *l. 1. de injust. rupt. test.* ut proinde ex abundanti hoc illis beneficium tribuatur, *fac. l. 2. C. eod. tit.*

Vocat ad eamdem possess.] Sequuntur nunc comparationes utriusque remedii à similibus. Prima similitudo in eo est: Quòd ut bonorum possessio Unde liberi & suis & emancipatis pariter proposita est, ita & hæc bonorum possessio contra tabulas, *d. l. 1. in pr. junct.* §. 6. *cont. tab.* Secunda: Quòd sicut illa ab intestato non datur liberis, qui tempore mortis patris naturalis in aliena familia sunt; ita nec hæc ei detur contra illius tabulas: & eamdem scilicet ob causam; quia alium patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, *l. pen. non procul. à pr. C. de adopt.* Tertia; Quòd quemadmodum illa ab intestato non datur emancipatis à Patre adoptivo; ita nec hæc contra tabulas testamenti patris adoptivi, quia non sunt ampliùs ex liberis, jure adoptionis per emancipationem soluto; *d. l. 1. §. 6. l. 3. §. 2. bon. poss. cont. tab.*

Ita longè minùs contra tab.] Ἀργumentum à minori ad majus & difficilius. Qui non admittitur ad bonorum possessionem ab intestato; is non debet admitti ad bonorum possessionem contra testamentum: illud enim minus est; hoc majus propter favorem testamenti, cujus rescissio difficulter & non nisi gravi ex causa permittitur. Unde Justinianus, cùm iis, qui adoptati sunt ab extraneo, reservet jus succedendi ab intestato: tamen testamento facto, præteritos, aut exhæredatos à successione in totum repellit; *d. l. pen. C. de adopt.* §. *sed ea* 14. *inf. hoc tit.*

TEXTUS.

Unde Cognati.

13. *Admonendi tamen sumus; eos, qui in aliena familia sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patrem emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licèt ea parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur; alia tamen parte vocari, scilicet, qua cognati defuncti vocantur. Ex qua ita admittuntur, si neque sui hæredes liberi, neque emancipati obstent, neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim Prætor liberos vocat tam suos hæredes, quàm emancipatos; deinde legitimos hæredes, tertiò proximos cognatos.*

NOTÆ.

13. *Ea parte edicti, Qua liberi*] Neque ex capite altero *Unde legitimi*. Illud, quia alium patrem jure civili habent: hoc; quia desierunt esse adgnati.

Qua cognati] Etenim naturale jus cognationis fortius est, quàm ut per actum civilem adoptionis perimi possit; *l. 1. §. 4. unde cogn.* §. *ult. sup. de l. agn. tut.*

Neque adgnatus ullus] Nam Prætor totum adgnatorum ordinem cognatis antepofuit; *leg. 1. quis ord. in bon. poss. inf. de success. cogn. in pr.*

Hodie

Hodie autem liberi, de quibus hîc agitur, non cognatis tantùm, sed agnatis etiam omnibus præferuntur; sublato sc. agnationis & cognationis discrimine. *Nov.* 118. *c.* 3. & 4.

COMMENTARIUS.

1 *Cur ab adrogatione emancipati post mortem patris naturalis admittantur ut cognati, non admittantur ut liberi.*
2 *Hodie vix esse hujus quæstionis usum.*

Declarat hîc Imperator, quomodò accipiendum quod dictum est; Liberos, qui emancipati à patre naturali se in adoptionem dederunt, & adhuc, cùm is moritur, in adoptiva familia sunt, aut post mortem demum patris ab ea emancipati fuerunt; ad bonorum ejus possessionem non admitti. Nempe non admitti neque ex capite edicti, quo vocantur liberi; quod ante quoque obiter monuimus: neque ex capite altero, quo vocantur agnati; sed admitti tamen, tertio scilicet loco in ordine cognatorum, inque eo cæteris cognatis jure proximitatis præponi. Cujus rei ratio hæc est: Quia etsi jus & nomen liberorum per adoptionem amittunt, agnati quoque esse desinunt; cognationis tamen jura in familia patris naturalis semper retinent, utpote fortiora, quàm ut per actum civilem adoptionis perimi possint; *l.* 1. §. 4. *unde cogn.* §. *ult. sup. de l. agn. tut.* Cur verò minimè liberorum numero, quàm cognatorum à Prætore habentur, cùm utrumque non æquè naturale sit? Quia absurdum Prætori visum est, suorum hæredum loco esse patri naturali eos, qui alium patrem habent cui sunt sui hæredes jure civili. Nam sciendum est, emancipatos à Prætore vocari non simpliciter ut liberos, sed ut suos hæredes, quorum numero eos habet, *tit. seq. in pr.* proinde nomen liberorum propemodum civile esse, non utique vocis sono, sed intellectu juris prætorii. Hodie vix ullus esse videtur hujus §. usus. Nam cùm Justinianus discrimen agnationis & cognationis sustuletir, & cognatos æque ac agnatos ad successionem ab intestato vocaverit secundùm gradus cujusque prærogativam; *Nov.* 118. *cap.* 3. & 4. consequens est: liberos, de quibus hîc agitur, non cognatis tantùm, sed agnatis etiam omnibus præferri.

Post mortem naturalis parentis] Minimè mirum: nam emancipatio hæc potiùs augere debebat, quàm minuere jus illud, quod ut cognati in bonis patris naturalis habebant, cùm adhuc essent in familia adoptiva. Sanè nisi bonorum possessio patris naturalis deferretur liberis tunc, cùm adhuc sunt in familia aliena; non deferretur emancipatis post illius mortem; uti diximus *sup.* §. 10.

Nec agnatus ullus] Nam Prætor totum agnatorum ordinem cognatis anteposuit: & ideò licèt remotiores sint agnati; cognatis tamen proximioribus præferuntur. Quod ultro videtur Prætor dedisse juri civili, quo agnati soli vocantur, cognatis insuper habitis.

Ante enim Prætor liberos, &c.] Hi sunt tres illi gradus successionum ab intestato, aut potiùs ordine succedendi, quos Prætorem fecisse legimus. Primus ordo est liberorum; sive sui hæredes sint, sive emancipati. Secundus legitimorum: nam statim post liberos ad bonorum possessionem admittit adgnatos. Tertius cognatorum: quos jure civili in totum exclusos vocat, deficientibus adgnatis; *l.* 1. §. 1. *unde lib. l.* 1. *in pr. quis ord. in bon. poss.*

TEXTUS.

Emendatio juris antiqui. De Adoptivis.

14. *Sed ea omnia antiquitati placuerunt: aliquam autem emendationem à nostra Constitutione acceperunt, quam super iis personis exposuimus, quæ à patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii & naturalium successionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facilè per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, Constitutionem scripsimus, per quam definimus: Quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit; integra omnia jura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta: nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio ex hæreditate eius aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta; cum nec necessitas patri adoptivo imponatur, vel hæredem eum instituere, vel exhæredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum: neque si ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi casu neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem Constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim jure, tam naturali quàm legitimo in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptioni servamus: quemadmodum si pater familias sese dederit adrogandum, quæ specialiter & singulatim ex præfata Constitutionis tenore possunt colligi.*

NOTÆ.

14. *Nostra Constitutione*] *L. pen. C. de adopt.* cujus frequens in his libris mentio, §. 2. *supr. de adopt.* §. 8. *quib. mod. jus pat. pot.* §. 5. *sup. de exh. lib.* §. 1. *sup. quib. mod. test. inf.*

Ab intestato ad patris adoptivi, &c.] Et tamquam suus hæres. At liberis hujus patris adoptivi frater non fit, nec ei succedit: quia jura legitima in familia ejus non consequitur; *dict. leg. pen.* §. 1. Nec obloquitur sibi Just. cum ait: Emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi; *d. l. pen.* §. 2. Nam hoc non de jure familiæ aut patriæ potestatis intelligi debet: sed de jure succedendi ab intestato, quod solùm apud patrem adoptivum habebat.

Testamento autem facto] Hinc apparet, minus esse, habere jus succedendi ab intestato, quàm aut testamentum nullum dicendi, aut evertendi per bonorum possessionem contra tabulas, aut querelam inofficiosi.

Ex tribus maribus] Ita quoque legitur in *d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.* & apud Th. Qui lectionem immutant, corrumpunt, non corrigunt locum; add. Cujac. in *l. ult. C. de decur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ mutatio & quam ob causam circa successionem adoptivorum facta à Iustiniano.*
2 *Notatur Bachovii oscitatio.*
3 *Collectiones Triboniani minimè necessariæ.*
4 *Sabiniano Senatusconsulto quid cautum.*
5 *Disputationem de successione adoptivorum hodie inutilem esse.*

HOc §. refertur & inculcatur jus novum, quod à Justiniano circa liberos adoptivos introductum est; *l. pen. C. de adopt.* & de quo actum *sup. de adopt.* §. 2. Summa huc redit. Jus vetus ita fuit: Ut non tantùm qui adrogabantur in potestatem & familiam patris adoptivi transirent; verùm etiam qui filiifam. à patre naturale in adoptionem alii dabantur, sine ulla distinctione jus liberorum & suorum hæredum in familia naturali amitterent, novumque nanciscerentur in familia adoptiva. In adrogatione nihil mutatum; in adoptione nonnihil propter incommodum, quod ex veteri jure nasci poterat. Igitur in casu filii à patre naturali in adoptionem dati ita Justiniano placuit: Ut si datus sit personæ extraneæ (qualis omnis qui est extra lineam parentum) non transiret in potestatem & familiam hujus patris adoptivi, sed jus parentis naturalis salvum maneret, retineretque filius in illius familia nomen & jus sui hæredis. Et porrò quod huic consequens erat: Ut impunè à patre adoptivo testamento facto præteriri aut exhæredari posset. Hoc uno tamen ei concesso, ut ab intestato huic patri succedat. Si verò datus sit personæ non extraneæ, sed avo materno, puta aut nepos post emancipationem patris conceptus & editus avo etiam paterno; jus vetus integrum reliquit sine ulla innovatione.

Quia invenimus nonnullos casus] Usus videtur plurativo pro singulari. Nam unus dumtaxat casus reperitur, quo in adoptionem extraneo dati & patris naturalis & adoptivi hæreditate excidere poterant; vid. si post mortem patris naturalis ex adoptione essent emancipati: cujus etiam solius mentio in *d. l. pen.*

Ut possit ab intestato] Et quidem jure sui hæredis: hoc enim jus disertè hactenus ei tribuitur; *d. l. pen.* §. 1. Atque ita occurrit hic casus singularis, quo is, qui in potestate non est & tantùm non extraneus, sui hæredis jus habebat, vocetur que ad hæreditatem unà cum defuncti liberis naturalibus & legitimis. Cæterum voluit Justinianus, hanc adoptionem tantùm prodesse adoptato ad solam successionem extranei patris adoptivi, non etiam ad consequenda jura legitima in ejus familia: *d. l. pen.* §. 1. Quamobrem vix scio quid sibi velit Bachov. qui pro limitatione hic addendum scribit ex *Nov.* 118. *c.* 3. concurrere hunc extraneum adoptatum tantùm cum liberis ab uno latere conjunctis; quia cùm utrinque conjuncti excludant consanguineos & uterinos; multò magis adoptatum excludere debeant, &c. Non puto, Bachovium tam profundè somniasse, ut quamvis sic loquatur, existimaverit, liberorum quosdam esse ex uno latere conjunctos, quosdam ex utroque: & hos illis, ac proinde & adoptatis in successione parenti; ex *d. Nov.* præferri: sed ut apparet ex *d. c.* 3. quod allegat cogitasse de successione collateralium, & admonere voluisse: In ea successione adoptivos defuncti fratres, ex *d. Nov. c.* 3. non plus juris habere posse, quàm conjunctos ex uno parente tantùm, quibus præferuntur conjuncti utrinque. Credibile quoque est, eum intellexisse liberos adrogatos: nam hi, de quibus hic agimus, liberis extranei adoptatoris fratres non sunt, nec eis succedunt prorsus. Utut sit; aut alienum est, quod Bachovius monet, aut fallitur.

Neque jure civili, neque jure prætorio] Olim liberi adoptivi omnes, quia transibant in familiam patris adoptivi, quamdiu in eadem conditione manebant, non minùs quàm justis nuptiis quæsiti hæredes institui aut exhæredari debebant: præteriti, & jure civili testamentum nullum dicere poterant, & jure prætorio contra tabulas bonorum possessionem petere; exhæredatis patebat querela inofficiosi testamenti; §. 4. *sup. de exh. lib. l.* 1 *in pr. cont. tab.* §. 2. *sub de inoff. testam.* quod Justiniani lege mutatum in adoptatis ab extraneo velut consequens ei quod voluit, eos non transire in adoptivi patris potestatem. Ergo ex d. Constitutione impunè hi præteriri vel exhæredari possunt, nulloque remedio, sive civili sive prætorio, adversùs testamentum adjuvantur, *d. l. pen. C. de adopt.* Non obloquitur sibi Justinianus, cum ait: Emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, *l. pen.* §. 2 hoc enim non de jure familiæ aut patriæ potestatis intelligi debet; sed de jure succedendi ab intestato, quod solùm apud patrem adoptivum habebat.

Cum

Cùm nec necessitas imponatur patri adoptivo.] Non satis bona collectio: Non est necesse hunc hæredem instituere vel exhæredem facere; ergo nullo temedio contra testamentum uti potest. Nam nec matet nec avus maternus liberos, nec liberi parentes necesse habent hæredes instituere aut exhæredare; qui tamen præteriti aut exhæredati testamentum per querelam inofficiosi impugnant. Sic nec illa consecutio necessaria est: Non est mihi naturali vinculo copulatus; ergo non est necesse eum hæredem instituere, &c. Quasi solo vinculo civili nemo adstringatur ad aliquem hæredem instituendum, &c. quæ tamen vis adhuc hodie est adrogationis *ut in fin. hujus §.*

Ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus] Quo Senatusconsulto, quantum ex hoc loco conjicere est, cautum fuit, ut qui unum è tribus alterius liberis maribus adoptasset, quartam partem ei bonorum suorum relinquere cogeretur, sicut ex constitutione Antonini Pii quarta relinquenda est adrogato impuberi. Ex eodem Senatusconsulto manasse videtur, quod Justinianus commemorat in *l. ult. C. de decur. lib.* 10. ut qui tres mares haberet, si unum ex iis, qui decurio esset, in senatum maximum allegandum curaret, ei curiæ liberationem pareret: quod referendum inter privilegia πολυπαιδίας. Meminit quoque hujus Senatusconsulti Justinianus *in d. l. pen. §. 3. C. de adops.* Nihil agunt, qui hunc locum vel aliter explicant, ut Connan. 2. *comm.* 15. vel aliter legunt, & pro *tribus maribus*, ut etiam legitur apud Theoph. substituunt *tribus manibus*, *ut Alciat. 4. parerg. 3. tribus mancipationibus, ut Revard. c. 6. de auct. prud. add. Cujac. in d. l. ult. C. de decur. Gothofr. ad d. l. pen. § 3. C. de adops.*

Pristina jura tali adoptioni servamus] Propterea, quòd hoc casu concurrente naturali vinculo cum civili, cessat metus superioris incommodi, ne scilicet adoptatus ab utriusque patris successione aliquando excludatur, qui sensus est *d. l. pen.* Jus vetus adoptionis planè nunc exolevit; neque enim adoptati aut liberorum aut agnatorum aut cognatorum jure hodie censentur, sed tantùm pro alumnis sunt: ut proinde tota disputatio de successione liberorum adoptivorum hodie sit inutilis: videsis quæ *sup. tit. de adops.*

TEXTUS.

De descendentibus ex fœminis.

15. *Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui quæve ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, & jure agnatorum eos anteponebat: nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes, qui ex neptibus, cognatorum loco connumerans, post agnatorum* [illegible] *eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quàm in aviæ vel proaviæ, sive paternæ sive maternæ, successionem. Divi autem Principes non passi sunt, talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere: sed cùm nepotis & pronepotis nomen commune sit utrisque tam qui ex masculis, quàm qui ex fœminis descendunt; ideò eumdem gradum & ordinem successionis ei donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis, qui non solùm naturæ, sed etiam veteris juris suffragiis muniuntur; portionem nepotum vel neptum, vel deinceps, (de quibus suprà diximus) paulò minuendam esse existimaverunt; ut minus tertia parte acciperent, quàm mater eorum vel avia fuerat acceptura; vel pater eorum vel avus paternus sive maternus, quando fœmina mortua sit, cujus de hæreditate agitur: iisque, licèt soli sint, adeuntibus; agnatos minimè vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo; nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes, in locum patris sui ad successionem avi sui vocat; ita & principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ eos cum jam designata partis tertiæ deminutione vocat. Sed nos, cùm adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam Constitutionis auctoritate, memoratam quidem Constitutionem à nostro Codice segregavimus; neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem Constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est; & sanximus. Talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, vel deinceps superstitibus, adgnatos mullam partem mortui successionis sibi vindicare: ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto jure descendunt. Quam Constitutionem nostram obtinere secundùm sui vigorem & tempora & nunc sancimus: ita tamen, ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit: Non in capita, sed in stirpes dividi hæreditatem; similiter nos inter filios & nepotes ex filia distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes vel proneptes, & alias deinceps personas; ut utraque progenies matris vel patris, aviæ vel avi portionem sine ulla deminutione consequatur: ut si fortè unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut*

quatuor extent; unus aut duo dimidiam; alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeant.

NOTÆ.

15. *Item vetustas*] Intelligit cum legem 12. tab. tum jus prætorium. nam & Prætor nepotes, &c. ex sexu muliebri demum vocabat in cognatorum ordine post lineam adgnatorum.

Divi autem Principes] Valentinianus, Theodosius & Arcadius; *l. 4. C. Th. de l. hær. l. 9. C. de suis & l. lib* ubi tamen illa Constitutio refertur parte sui mutilata.

Contra naturam injuriam] Sic alibi naturæ accusatores appellat, qui differentiam inducunt inter masculos, & fœminas, *l. 4. C. de lib. præt.* Quamquam non videtur contra naturam esse prospicere, ut ne familiæ splendor aut dignitas minuatur aut pereat: & lege quoque Mosaica masculi eorumque progenies fœminis prælati; *Num. 27. 8. vid. Philon. de vit. Mos. 3.*

Veteris juris suffragiis] Tum legis 12. tab. tum edicti prætorii, tum Denique SC. Orficiani. Minus enim scripsit, quàm sensit; ut arguunt sequentia.

Quam mater eorum] Ex ea. Titius decessit relicto filio, & ex filia præmortua nepote: hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. aut si emancipatus est, suffragatione juris prætorii, bessem hæreditatis ex d. Constitutione feret; nepos trientem reliquum, id est, tertia parte minus, quàm mater latura fuisset.

Vel avia] Hic ponendum thema, quo quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepote prognata ex filio aut filia.

Vel pater eorum] Adde *vel mater.* v. c. Titia decessit, relicto filio aut filia, & nepote nepteve ex filio filiave demortuis. Hic quia filio aut filiæ suffragatur SC. Orficianum *infr. tit. 4. pr. & §. 1.* nepos neptisve ex d. Constitutione non aliter admittuntur, quàm cum deminutione tertiæ partis.

Vel avus paternus, sive maternus] Supple, *Vel avia paterna sive materna.* Casus enim est, quo quæritur de successione fœminæ inter liberos primi gradus & pronepotes pronepotesve, qui tertio gradu sunt. Pone. Cum filio aut filia superstitibus concurrere pronepotes pronepotesve natos natave ex nepote nepteve nato, natave ex altero filio filiave demortuis.

Quartam partem substantiæ] Hanc quartam adgnati sibi vindicabant, nepotibus ex filia solis existentibus, non quando concurrebant cum muniris suffragio juris veteris; memorati Principes quamdam Falcidiam vocant.

Ex cujusdam Constitut.] Reg. *ex ejusdem Constitut.* quæ est *d. l. 4. C. Th. de l. hær.*

Neque infert eam] Scil. integram inserta enim est, sed detracta clausula, qua adgnati in quadrantem vocabantur; *l. 9. C. de suis & l. lib.*

Nostra Constitutione] Hæc est *l. ult. C. d. tit.* ubi quarta illa adgnatorum tollitur.

Sed in stirpes] Ut in locum parentum veniant, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu.

Sine ulla deminutione] Quartæ scilicet adgnatorum, quando non concurrunt liberi primi gradus aut nepotes ex sexu virili: nam tertiæ deductionem tributam iis, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, intactam reliquit; *l. ult. C. de suis & l. lib.* ad quam hic refert. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio; *Nov. 118. cap. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui descendentium lege 12. tab. & à prætore ad successionem intestati vocentur.*
2 *Juris veteris derogatio qua ratione, & an sufficienti nitatur.*
3 *Planiùs & pleniùs, quàm vulgò explicatur, quatenus per l. 4. C. Theodos. de legit. hær. veteri juri derogatum.*
4 *Quid insuper detractum, quid adjectum Constitutione Justiniani; l. ult. C. de suis & leg. lib.*
5 *Cantiuncula & Mynsingeri error.*

HÆc pars est hujus tituli postrema; in qua primùm repetuntur ex vetusto jure differentiæ circa successionem descendentium ex masculis & fœminis: deinde ostenditur, quantum his differentiis detractum & de antiquo jure derogatum sit Constitutione recentiorum Principum, & postremò Justiniani. Locus est obscurus & ænigmaticus, à paucis intellectus, & ab his, qui eum intellexisse videntur, ita explicatus; ut tamen aliquid amplius desideres & plus lucis. Pleniùs ergo & planiùs, si potero, rem totam explicabo.

Item vetustas] Intelligit tum legem duodecim tabularum, tum jus prætorium. Falluntur enim, qui putant; legem duodecim tabularum ad hæreditatem ab intestato vocasse tam natos ex filiabus, quàm ex filiis; totumque illud discrimen, quod hic refertur, adscribunt mediæ jurisprudentiæ, inter quos Myns. Cantiunc. & Giphanius. Etenim palam est lege duodecim tab. ex descendentibus eos solos ad hæreditatem vocari, qui sunt sui hæred. s. atque his deficientibus ex transversa linea solos agnatos; eos verò qui tantùm cognati essent, jus successionis ab intestato nullum ex ea lege habuisse. Nimirum Decemviri, ut dignitati & propagationi familiarum consulerent, ad eos solùm successionem pertinere voluerunt, qui essent ejusdem gentis & familiæ. Quare cùm nepotes ex filia non sunt sui hæredes avo materno, sed patri, in cujus sunt potestate: & fœmina non suam aut patris, sed alienam, in quam nubit, familiam propagat; *l. 195. §. ult. de verb. sign.* non poterant hi nepotes ad successionem avi materni ullo modo venire: excludebanturque non tantùm à filiis & filiabus defuncti, ab iisve, qui ex filiis essent progeniti; verùm etiam

ab

ab agnatis ejus. Denique Prætor emancipatos dumtaxat inter suos vocabat, aut masculorum quoque progeniem: hosce autem nepotes & cæteros ex sexu muliebri demum post lineam agnatorum, in tertio scilicet ordine, qui cognatorum est.

Quam aviæ vel proaviæ sive paternæ sive maternæ] In aviæ aut proaviæ paternæ successione nihil plus juris nepotes aut pronepotes ex lege 12. tab. habent, quàm habent in successione avi proavive, aviæ proaviæve maternorum: non enim magis aviæ aut proaviæ paternæ sui hæredes aut agnati sunt, quàm avo aut proavo materno, &c. cùm nec filius matris sit, ob eamque caussam nec ipse matri ex lege succedat, nec à Prætore in primo ordine vocetur. Filii tamen aut filiæ mentionem non facit: quia his matris legitima hæreditas pridem delata fuerat Senatusconsulto Orficiano, non aviæ nepotibus *inst. tit.* 4. & ideò rectè ait: Nepotes pronepotesque abaviæ & proaviæ ad successionem à Prætore admissos fuisse demum in linea cognatorum; quia nec post illud Senatusconsultum jus liberorum in ea successione habebant.

Divi autem Principes non passi sunt, &c.] Sequitur jam derogatio juris antiqui, quæ auctores habet Valentinianum, Theodosium & Arcadium, *l.* 4. *C. Theod. de legit. hær.* quam patre aliqua mutilatam in codicem suum retulit Justinianus; *l.* 9. *C. de suis & leg. lib.* Justitia derogationis duplici ratione commendatur. 1. Quia inæqualitas illa juris inter descendentes ex masculis & fœminis injuriosa in ipsam naturam: quomodò alibi naturæ accusatores appellat, qui differentiam inducunt inter masculos & fœminas; *l.* 4. *C. de lib. præt.* 2. Quia nomen nepotum & pronepotum omnibus commune, & tam iis, qui ex fœminis, quàm qui ex maribus progeniti sunt, conveniens. Quarum tamen rationum, si liberè dicendum est, altera vera non videtur; altera minimè sufficiens. Nam quæ injuria est in naturam his, qui jus percipiendarum hæreditatum in sua familia habet ut suus aut agnatus, non admittatur eodem jure in familia aliena, ne duabus in familiis simul regnum teneat? Deinde si contra naturam non est hoc prospicere, ut ne familiæ splendor ac dignitas minuatur aut pereat; sed consentaneum etiam juri gentium legibusque plurimarum benè ordinatarum civitatum dare operam, ut tartæ tectæ familiæ conserventur; non potest à ratione naturali alienum videri, si masculi potiùs atque ex masculis descendentes, propagatores & columnæ familiarum, quàm fœminæ, in quibus familiæ intereunt, ad hæreditatem vocentur: quod & ipsum diligenter cautum reperitur legibus Mosaicis; *Nu.* 27. 8. *Vid. Philon. de vit. Mos.* 3. Hinc jam sponte intelligitur, quàm ficulneum argumentum sit alterum, quod à communione petitur nominis, ad inducendam juris æqualitatem inter eos, quos tam insignis consideratio disjungit. Sed videamus quid placitum Græcis Principibus.

Eumdem ordinem & gradum successionis] Donaverunt Imperatores eumdem gradum successionis nepotibus & pronepotibus, de quibus hic sermo est, quem habent illi, qui succedunt ex lege duodecim tabularum, & qui vocantur à Prætore; hoc est: voluerunt ex fœminis prognatos non minus jus liberorum & successionis ab intestato habere, quàm prognati ex masculis ut sui hæredes habent ex leg. 12. tab. & liberi emancipati ex edicto Prætoris. Unde liberi, ut cum his in successione concurrant. Addo, ut sequentia minore negotio percipiantur: Ut concurrant etiam cum liberis primi gradus, patruis scilicet & avunculis suis, in successione aviæ, quos jam temporibus Marci agnati in successione matris præposuerat Senatusconsultum Orficianum. Cæterum portio horum nepotum aliquantùm memoratorum Principum Constitutione minuta fuit, ut mox audiemus.

Veteris juris suffragiis muniantur] Jus vetus hic accipere debemus tum legem duodecim tabularum, quæ ex liberis suos dumtaxat hæredes ad hæreditatem vocabat; tum edictum Prætoris, quo ad bonorum possessionem ab intestato invitantur liberi emancipati; & denique Senatusconsultum Orficianum, quo ut diximus, matris legitima hæreditas defertur filiis & filiabus. Latiùs enim tractatio hujus §. se extendit, quàm sponder principium; plusque sensit, quàm scripsit Justinianus; uti statim videbimus.

Ut minus tertia parte] Quamvis prædicti Principes, nepotes neptesve ex sexu fœmineo descendentes cum his, à quibus jure veteri in totum excludebantur, ad successionem ab intestato admiserint; noluerunt tamen, illos cum his æqualiter hæreditatem partiri; sed aliquantò plus habere eos, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur; & nimirum illos triente minùs, quàm hos consequi; *d. l.* 9. *C. de suis & legit.* quod datum reverentiæ juris veteris fuit.

Quam mater eorum vel avia] Casus pertinens ad successionem adscendentium marium: Cum defunctus descendentibus unis pater, avusque aut proavus paternus, aliis avus proavusque maternus est; de fœminarum adscendentium successione mox subjicitur. Cùm igitur de successione avi materni quæritur inter filium superstitem & ex filia demortua nepotes; hic filius, quia juvatur prærogativa legis duodecim tab. aut si emancipatus est, suffragio juris prætorii, bessem hæreditatis ex d. Constitutione feret; nepotes trientem reliquum; id est, hi tertia parte minus ferunt, quàm mater superstes latura fuisset: illa enim hæreditatem paternam æqualiter eum fratre suo divisisset. Jam si de semisse, quem mater habitura fuerat, tertiam partem detrahas; triens tantùm nepotibus relinquitur: alter semis auctus accessione detracti sextantis bessem efficit. Similiter quandò quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotè natum ex nepte prognata ex filio: aut filius favore juris veteris altero tanto ampliùs habebit quàm hi pronepotes, qui pro semisse, in quem

avia eorum vocata fuisset trientem tantùm accipiunt, id est, tertia parte minus. Nihil autem in successione proavi materni interest, nati sint pronepotes ex nepte, an ex nepote ex filia: nam, quod in stirpem attinet, aviam scilicèt filiam proavi, omnes ex sexu muliebri veniunt. Illud quoque non refert, utrùm pari gradu, an impari sint descendentes ex sexu virili cum posteris ex sexu sequiore, remotiores, an propiores. Nam etsi ex filio tantùm nepos sit aut pronepos ex nepote ex filio nato, sive suus sive emancipatus, & ex adverso nepos ex filia; illi nihilominùs propter suffragationem juris veteris bessem totius hæreditatis auferent; hic non amplius triente.

Pater eorum, vel avus paternus sive maternus, quando fœmina mortua] Hic apparet, plus sensisse Justinianum, quàm hactenus scripsit. Nihil enim huc usque traditum est, quo id, quod hic proponitur, referri posse videatur. Nam initio locutus est tantùm de descendentibus ex masculis, quos solos dixit à Veteribus ut liberos ad hereditatem vocatos fuisse; insuper habitis iis, qui ex fœmineo sexu descenderent. Deinde ait: Hos cum illis admissos fuisse à Divis Principibus: cum deminutione tamen tertiæ partis propter suffragationem juris veteris, qua juvantur qui ex viris progeniti sunt. Quamobrem quod hìc scribit ænigma videri poterat, nisi ante monuissem, id quod de juris veteris prærogativa dixit, ex mente ejus referendum esse etiam ad eos, quibus suffragatur Senatusconsultum Orficianum; quod collatum cum Constitutione dd. Principum sanè vetus etiam est. Hoc Senatusconsulto vocantur liberi ad hæreditatem matris, & vocantur pleno jure absque partis ullius detractione, exclusis in totum defunctæ agnatis. At vocantur liberi duntaxat primi gradus; filii sc. & filiæ: nepotes & deinceps ad successionem aviæ non vocantur; *tit. 4. infr. in pr. & §. 1.* Sed hi demum cum istis admissi sunt eadem illa Constitutione, cujus jam sæpè facta mentio: admissi verò cum deminutione item tertiæ partis; propterea quòd filii & filiæ juris quoque veteris suffragio muniti erant, id est, Senatusconsulto Orficiano.

Pater eorum] Supple, vel mater. Casus enim est, in quo agitur de hæreditate fœminæ defunctæ dividenda inter liberos primi & secundi gradus. Pone igitur: Hinc esse filium filiamve, illinc nepotem neptemve ex filio filiave demortuis; Senatusconsf. Orficianum hæreditatem ex asse attribuit soli filio, aut filiæ: nepoti neptive nihil. Ex nova verò Constitutione etiam nepos & neptis ad aviæ successionem vocantur, & simul cum filio filiave: ita tamen, ut pati debeant tertiam sibi detrahi de parte, quam integram pater eorum vel mater superstites habituri fuissent in materna hæreditate ex Senatusconsulto.

Vel avus paternus sive maternus] Casus, quo quæritur de successione fœminæ defunctæ inter liberos primi gradus & pronepotes pronepetesve, qui tertio gradu sunt; supplendum igitur: *Vel avia paterna sive materna*. Nam hæ quoque superstites matri successissent ex Senatusconsulto. Ponamus ergo: Cum filio aut filia superstitibus concurrere pronepotes proneptesve natos natasve ex nepote nepteve nato natave ex altero filio aut filia demortuis: hi pronepotes pronepotesve in totum à successione proaviæ repelluntur Senatusconsulto: à Principibus autem unà cum filio aut filia admittuntur; cæterum cum deminutione illa, quam diximus, partis avitæ: quod datum honori Senatus; ut sc. tertii minus consequantur, quàm habituri fuissent avi aviæve, qui si viverent, ex æquo cum fratre aut sorore maternam hæreditatem partirentur. Sed quid dicendum in proposito, si hinc nepos tantùm sit, aut neptis, illinc pronepos aut proneptis; nulli autem liberi primi gradus? Rectè nimirum censet Hotomannus: Nihil amplius hic laturos nepotes, quàm pronepotes: sed æqualiter omnes; illos aviæ, hos ad proaviæ hæreditatem ex principali dispositione admittendos esse: quia cùm nepotes in successione aviæ non magis jus liberorum ante Constitutionem habuerint, quàm pronepotes in successione proaviæ, sive legem antiquam consideres, sive edictum Prætoris, sive denique Senatusconsultum Orficianum; non possunt illi majorem sibi portionem vindicare, partemve aliquam detrahere pronepotibus ob juris ullius antiquioris suffragium, quo nomine tantùm detractio illa à Principibus permissa est.

Licèt soli sint, adeuntibus, agnatos minimè vocabant] Hoc non sic accipiendum est, quasi agnati hoc casu in totum fuerint exclusi; quod demum à Justiniano constiturum, ut ipse posteà commemorat: sed non admissi soli & in solidum ut jure antiquo. Liquet enim ex Constitutione (ut ea integra extat in Codice *Theod. l. 4. de legit. har.*) agnatos non penitus excludi; neque priore illo casu, cum avo aut proavo mortuo soli reperiuntur ex liberis nepotes aut pronepotes ex sexu muliebri descendentes; neque hoc posteriore, cum mortua avia aut proavia soli reperiuntur liberi secundi aut inferioris gradus: sed agnatos cum his nepotibus & deinceps admitti in quadrantem hæreditatis: hoc enim est, quod in d. Cōstitutione legimus: Agnatos in casibus propositis in quandam Falcidiam; nepotes in dodrantem succedere. Cæterum hæc pars d. Constitutioni detracta est à Triboniano inserente eam Codici Justinianeo; *l. 9. C. de suis & l.* propter *l. ult. C. eod.* qua, quarta illa adempta, agnati in totum repelluntur, ut posteà iterum dicetur.

Et quemadmodum lex duodecim tabularum, &c. ita Principalis dispositio, &c.] Dicendum erat: Quemadmodum lex 12. tabularum, filio mortuo nepotes & pronepotes vocat ad hæreditatem avi aut proavi paterni, & vocat in locum patris sui aut avi paterni, ut unà cum superstitibus defuncti filiis aut filiabus succedant; ita ex dispositione Principali, mortua filia nepotes & pronepotes ex ea vocari ad successionem avi vel proavi materni; & vocari in locum matris suæ aut aviæ maternæ, ut simul succedant cum defuncti liberis super-

superstitibus: sive suis hæredibus; quos solos Decemviri; sive emancipatis; quos prætérea admittit Prætor: & quemadmodum Senatusconsultum Orficianum filios tantùm & filias vocat ad successionem matris; ita dispositionem Principum vocare etiam nepotes & pronepotes ad successionem aviæ aut proaviæ sive paternæ sive maternæ, & simul etiam cum liberis primi gradus: sed & in hoc & in superiore concursu detractionem tertiæ partis, quam diximus, pati.

Cùm adhuc dubitatio maneret inter adgnatos, &c.] Sequitur juris antiqui altera adrogatio & augmentum juris, quod descendentibus ex sexu muliebri accessit Constitutione Justiniani; *l. ult. C. de suis & legit. lib.* Ait, *cum adhuc dubitatio &c.* non quod jus dubium fuit: quippe cautum expressè *leg. 4. C. Theod. de legit. hær.* sed hoc vult dicere; Cum adhuc agnati ex ejusdem constitutionis auctoritate (sic legendum, non *Cujusdam*, quæ est *d. l. 4.*) nepotibus ex fœminis solis existentibus (nam cum concurrebant cum liberis, qui etiam jure veteri vocabantur; agnatis nullum jus erat) quartam hæreditatis partem sibi vindicare poterant; se hoc jus in totum constitutione sua abrogasse; quæ est *d. l. ult. C. de suis & legit. lib.* atque ob eam causam noluisse Constitutionem prædictam suo Codici inseri, id est, noluisse inseri integram: nam utique, detracta illa clausula, qua agnati in quadrantem vocabantur, inserta est. Confert. *d. l. 4. C. Theod. de legit. hær.* cum *l. 9. C. Justin. de suis & legit. lib.* Quartam igitur agnatorum tantùm sustulit; deductionem tertiæ reliquit.

Ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores] Rectiùs dixisset: Ne qui ex transversa linea veniunt unà cum iis, qui rectà ex nobis descendunt, ad successionem admittantur, vel in partem aliquam duntaxat. Quamquam in eo nihil absurdi est, si collateralium aliqui ob jus agnationis præferantur in successione iis descendentibus, qui non sunt de familia defuncti.

Non in capita, sed in stirpes] Postquàm nepotibus ex filia & pronepotibus natis ex nepte nepoteve ex filia hoc jus datum est, ut in locum veniant parentum, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu; non sine ratione, ut eodem modo hæreditatem dividant, sive soli sint, sed plures ex diversa stirpe ad hæreditatem avi vel proavi materni vocentur, sive cum filiis aliisve descendentibus ex virili sexu concurrant cum deminutione tertiæ partis.

Ut utraque progenies matris vel patris, &c.] Non tantùm igitur, cùm de successione masculi agitur, avi aut proavi materni, nepotes & pronepotes etiam soli existentes agnatos excludent; quamvis hactenus nihil dictum: sed etiam cum fœmina mortua proponitur, avia vel proavia sive paternæ sive maternæ, & in hac item successione nepotes aut pronepotes eodem modo hæreditatem divident, salvo liberis primi gradus, si cum his concurrant, jus deducendæ tertiæ partis.

Sine ulla deminutione] Hæc ita scripta sunt, ut non sine causa existimare quis possit, etiam liberis primi gradus & nepotibus ex sexu virili denegati tertiæ deductionem, quod etiam Cantiuncula & Mynsing. pro certo tradunt. Cæterum nihil minus cogitasse Justinianum patet, tum ex sæpè memorata constitutione Principum, quam ita in Codicem suum retulit, ut nihil amplius ei detraxerit, quàm particulam, qua in quadrantem vocantur agnati cum posteris ex sexu fœmineo; non concurrentibus cum illis liberis, qui etiam jure veteri veniunt, relicta illa parte, qua istis tertiæ deductio tribuitur intacta: tum ex ipsius Constitutione Justiniani, ad quam hìc se refert; scilicet *l. ult. C. de suis & legit. lib.* quæ quidem correctoria illius Principum, sed quartam duntaxat tollit agnatorum. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio est; *Nov. 118. c. 1.* de quo accuratius *inf. post tit. 5.*

TITULUS II.
DE LEGITIMA ADGNATORUM SUCCESSIONE.
Dig. Lib. 38. tit. 16. C. Lib. 6. tit. 58.

Continuatio, & argumentum tituli.

Hucusq; de primo ordine succedentium ab intestato, in quo sunt descendentes sive liberi: ex lege duodecim tabularum soli sui hæredes; *§. 1. tit. 1.* ex jure prætorio etiam emancipati; *§. 9. eod.* ex constitutionibus nepotes quoque & pronepotes ex sexu fœmineo; de quibus in *§. ult. eod.* Sequitur ordo secundus, qui agnatorum fuit. Insistit enim Imperator vestigiis legis duodecim, qua nemo ex adscendentibus ad hæreditatem vocatur: non pater ad hæreditatem filii; quia si filius in potestate fuerat, nec habere poterat hæredem, cùm patri omnia acquireret, & bona castrensia, quæ postea filio concessa, eo intestato mortuo occupabat pater jure peculii; *l. 2. de castr. pecul.* sin emancipatus, pater huic & ille patri ratione familiæ extraneus erat. Sed nec Prætor patrem qua patrem vocabat ante ordinem cognatorum; *l. 10. de suis & l.* Ajo, qua patrem: nam jure patroni vocabatur etiam ad hæreditatem legitimam: *d. l. 10.* Non mater: quia & ipsa filio eadem ratione extranea: & ideò à Prætore quoq; inter cognatos demũ admissa fuit.

fuit. De Senatusconsult. Tertylliano vidimus *tit. sup.* Hoc titulo primùm descriptionem habemus agnatorum tum naturalium tum adoptivorum. mox docetur, qui ex his, & quomodò succedant, & tum mares, tum fœminæ: hinc quo ordine vocentur: & postremò qua ratione parens vocetur ad legitimam hæreditatem filii emancipati.

TEXTUS.

Secundus ordo hæredum legitimorum.

Si nemo suus heres, vel eorum, quos inter suos heredes Prætor vel Constitutiones vocant, existat, qui successionem quoque modo amplectatur; tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.

NOTÆ.

Quos Prætor vel constitutiones] Scil. liberos emancipatos, & nepotes ex sexu fœmineo; quorum illos Prætor; hos Constitutiones vocant; *§. 9. & ult. tit. præc.*

COMMENTARIUS.

E*Xistat* [Nec speretur fore, ut existat. Nam quamdiu vel spes est, futurum ut suus hæres defuncto existat; tamdiu agnatis locus non est, puta si defuncti uxor prægnans sit, quæ suum hæredem paritura speratur: aut defuncti illius apud hostes sit, qui de captivitate reverti potest; *l. pen §. 1. unde legit. fac. l. 2. in pr. de suis & legit. Vlp. tit. 26. §. 2.*

Tunc ex lege duodecim tab. ad agnatum proximum] Dictum hoc paulò crassiùs. Nam lex 12. tabularum ex liberis eos solos ad hæreditatem vocat, qui sunt verè sui hæredes; hoc est, liberos defuncti legitimos, qui tempore mortis in potestate ejus erant, & proximum ab eo gradum in familia obtinebant: atque his non extantibus, statim loco proximo agnatos: sed postquam & alii tum à Prætore tum à Constitutionibus admissi sunt & præpositi agnatis; lex duodecim, non nisi istis quoque deficientibus, vim suam exercuit, agnatisque detulit hæreditatem.

Ad agnatum proximum:] In primo ordine sufficit, verbi causa, suum esse, nec gradus quæritur in secundo agnatum esse non sufficit: sed proximitatis sive graduum ratio habetur ex verbis legis duodecim, *§. 5. inf. hoc tit. l. 2. §. 4. de suis & legit.* in duodecim: *Adgnatus proximus facultatem habeto.*

TEXTUS.

De agnatis naturalibus.

1. *Sunt autem adgnati (ut primo quoque libro tradidimus) cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres adgnati sibi sunt; qui & consanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam eamdem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi adgnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles; id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. Ii etiam, qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul adgnatis dat lex hereditatem: sed iis: qui tunc proximiore gradu sunt; cùm certum esse cœperit, aliquem intestatum decessisse.*

NOTÆ.

1 *Libro primo*] *sup. tit. de legit. ag. tut. in pr.*

Per virilis sexus person. conjuncti] Supple, *Nec capite minuti*, *§. ult. sup. d. tit.* & generali quidem nomine adgnatorum continentur etiam sui, *l. ult. §. 3. de grad. & affin. l. 12. de suis & legit.* In specie autem iis attribuitur, qui ex latere per virilem sexum conjuncti: & specialissimè iis, qui sequuntur consanguineos, id est, fratres ὁμοπατρίους; *l. 1. pr. de suis & l.*

A patre consanguinei] *l. 1. §. 9. & seqq. leg. 2. pr. de suis & legit.* Græci ὁμαίμους vocant. Hinc Virg. 6. Æneid. soporem appellat *lethi consanguineum*, quem Hom. ξ. Iliad. κασίγνητον θανάτοιο.

Cum certum, &c. *aliquem intestatum*] Igitur qui proximus est tempore mortis; si nullum testamentum est factum: si factum; qui tunc, cum certum esse cœpit, neminem ex eo hæredem existere posse; *§. 6. inf. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Modestini locus in leg. 5. unde legit. expositus.*
2 *Quot modis nomen agnatorum usurpetur.*
3 *Qui nostri consanguinei: & unde sic appellentur.*
4 *Prærogativa consanguinitatis sublata.*

C*Ognati per virilis sexus personas*] Eodem modo describit adgnatos *lib. 1. tit. de leg. agn. tut. & Ic. l. ultim. §. 2. de grad. & affin.* nempe inter cognatos & agnatos hoc interest, quod inter genus & speciem; ut ait Paul. *d. l. ult.*

§. 4. de.

§. 4. *de grad. & affin.* genus cognati; agnati species cognatorum. Cæterum nomen cognationis non tantùm generale est, sed etiam speciale & proprium eorum, qui vel per fœminei sexus personas conjunguntur; *d. l. ult.* §. 2. vel capitis deminutione jus adgnationis amiserunt: quippe ad quos speciali & proprio nomine designandos discernēdosque ab agnatis necesse fuit nomen generale atque utrisque commune coarctare & quasi proprium facere ejus speciei; quæ aliud nomen
1 proprium non invenit: quod in aliis quoque nominibus sæpè usuvenit; ut notavimus *sup. de adopt.* § 1. eaque significatio frequentissima & in hoc argumento ferè perpetua est. Alio autem sensu dixit Modestinus: In agnatis & cognatos contineri; in cognatis non utique & adgnatos, *l. 5. unde legit.* nimirum considerans essentiam generis & speciei. Generis enim essentia tota inest in singulis speciebus: tota verò speciei essentia non est in genere; siquidem, ut Porphyrius *c. 4. scribit*, διαφέρειν, τὸ εἶδος τοῦ γένους, & ibid. Τὸ γὰρ γένος δυνάμει μὲν πάντας ἔχει τὰς ὑφ' ἑαυτὸ διαφοράς, ἐνεργείᾳ δὲ οὐδεμίαν. Adgnatorum quoque nomen modò generaliùs, modò specialiùs usurpatur. Generali significatione continentur etiam sui; *d. l. ultim.* §. 3. *de grad & affin.* unde filius dicitur patri esse adgnatus proximus; *l. 12. de suis & legit.* Specialiter verò adgnati appellantur, qui ex latere sunt per virilem sexum conjuncti, ut in præsenti tit. Sed & ex his quidam nacti sunt nomen speciale, vocatique consanguinei; ut fratres & sorores eodem patre geniti: ut altera vocis restrictio, agnatique specialissimè appellati, qui fratres sequuntur; *l. 2. in pr. & §. 1. de suis, & legit. l. 4 unde cogn. l. 6. §. 1. ad Tertyll.* quam distinctionem media peperit jurisprudentia.

Qui & consanguinei vocantur] Fratres ὁμοπάτριοι id est, ex eodem patre nati consanguinei nostri dicuntur; Gajus *lib. 2. tit. 8. §. 3. l. 3. C. de legit. tut. l. 1. l. 6. C de legit. hær.* Hinc Virgilius *6. Æneid* soporem appellat *Lethi consanguineum*, quem Homerus *ξ. Iliad.* κασίγνητον Θανάτοιο. Græci ὁμαίμους vocant, teste Theophilo. Dicuntur & ὁμαίμονες, Sophocles in *Ajac.* ὦ τοῦ μανέντος ὅμαιμον Ἀλεξάνδρου, *fratrem furiosi vocantes.* Ita consanguineum interpretaberis, *l. 1. §.*
2 *post fuos 9. l. 2. in pr. de suis & legit. l. 1. §. pen. l. 6 §. 1. l. 7. ad Tertyll. l. 1. C. ad Orfic. l. 3. C. de legit. hær.* Cassius consanguineos definit: Qui sanguine inter se connexi sunt; *d. l. 1 §. pen. de suis & l.* quæ definitio nimis lata videtur: nam & cæteri agnati atque adeò cognati omnes sanguine inter se conjuncti sunt. Quin etiam per jus sanguinis sola naturalis cognatio sæpe significatur: ut in *l. 2. unde cogn. l. 12. de manum. vind. l. 23. de adopt. l. 8. de reg. iur.* Necesse igitur est, propria quadam ratione fratres eodem patre progenitos isto nomine alioqui communi appellatos esse; fortassis quia hi eundem sanguinis auctorem immediate habent, & quòd sanguinis origo magis ex patre æstimanda sit, quàm ex matre: quippe cùm etiam Peripatetici, si Galeno & recentioribus quibusdam credimus, totum hoc ex patre æstimaverunt. Jura igitur consanguinitatis à patre, ut ait Jurisconsultus *l. 4. unde cogn.* oriuntur: qua de causa etiam non refert, eodem patre nati communem matrem habeant, an diversas; *l. 1. C. de legit. hær.* Hodie verò fratres jure solius consanguinitatis prærogativam non habent, sed qui ex utroque parente conjuncti sunt, præferuntur iis, qui conjuncti sunt ex uno dumtaxat: nec qui ex eodem solùm patre conjunguntur plus juris habent, quàm qui eadem tantùm matre nati; *Nov. 118. ca. 3. auth. itaque C. comm. de success.* ubi consanguinei appellantur in specie, qui tantùm eundem patrem habent: opponuntur enim tam fratribus germanis, quàm uterinis. Canonistæ verbo consanguinitatis usi sunt ad significandam omnis generis cognationem; *c. de consang. & affin.*

Fratres patrueles, qui etiam consobrini] Agnatorum numero sunt & duorum fratrum filii, qui fratres patrueles appellantur, & ἀνεψιοί, consobrini: propriè enim, ut quidam putant, consobrini sunt duarum sororum liberi, ita dicti quasi consororini; *vid. inf. tit. 6. §. 4.* ubi hoc fusiùs explicabitur. Sed & deinceps cæteri virili sexu ab eodem orti in infinitum invicem agnati sunt, *l. 3. §. 1. de suis & legit.* Quemadmodum autem gradus numerentur, docebit nos idem *tit. 6. inf.*

Qui post mortem patris] Etiam qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis & agnationis habent; *l. ult. unde legit. l. 1 § pen. de suis & legit.* Cæterum quod ad jus succedendi attinet: necesse est, ut moriente eo, de cujus successione quæritur, in rerum natura fuerint, aut saltem vivo eo concepti: *l. 6. cum 2. seqq. de suis & legit. vid. sup. tit. 1. §. 8.*

Qui proximiore gradu sunt, &c.] Legitima hæreditas tantùm proximo defertur, *l. 2. § 4. de suis & legit.* & diserta sunt verba ipsa legis 12. tab. *Agnatus proximus familiam habeto.* Æstimatur autem proximus ex tempore delatæ hæreditatis: quapropter si nullum factum sit testamentum; proximus intelligitur, qui tunc fuit, cùm pater familias moreretur: si factum sit testamentum; qui tunc, cùm certum esse cœpit, ex eo testamento hæredem exstitere non posse. Sed hæc iterum & fusiùs §. 5. & seq.

TEXTUS.

De adoptivis.

2. *Per adoptionem quoque adgnationis jus consistit; veluti inter filios naturales & eos, quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin ii impropriè consanguinei appellentur. Item si quis ex cæteris adgnatis tuis; veluti frater aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem,*

quem, adgnatus inter tuos esse non dubitatur:

NOTÆ.

2. *Adgnatus inter tuos heredes*] Leg. *Adgnatus inter tuos, &* delenda vox *Heredes*. Hotom. Pac.

COMMENTARIUS.

Adgnatorum nomen civile est; *leg. ult. §. 4. de grad. & affin.* uti & suorum Hæredum. Proinde quemadmodum nihil interest quoad jus suitatis, utrùm naturales sint liberi, an adoptivi; *§. 2. præc. tit.* ita quoque quod ad jus adgnationis attinet, nihil refert, utrùm nativitate conjuncti sint, an adoptione. Nam & qui adoptatur, iisdem fit agnatus, quibus pater ipsius agnatus fuit, legitimamque eorum hæreditatem consequitur, vel ipsi illius, *l. 2. §. 2. de suis & legit. l. 23. de adopt. Ulp. in collat. Rufin. tit. 16. Consanguineos & adoptio facit & adrogatio.*

Impropriè consanguinei] Rectè: nam ex definitione Cassij consanguinei propriè sunt, qui sanguine inter se sunt connexi; *l. 1. §. pen. de suis & legit.* hoc est (ut nos interpretati sumus) qui eumdem patrem sanguinis auctorem habent: adoptati verò etsi communem cum liberis naturalibus patrem habeant; sanguinis tamen paterni nexu cum istis copulati non sunt. Malè autem ad hoc probandum adducitur ab Hotomanno & Pacio *d. l. 23. de adop.* quo in loco manifestum est, jus sanguinis accipi non pro consanguinitate, sed pro mera cognatione naturali. Cæterum etsi adoptati propriè consanguinei non sunt; jus tamen consanguinitatis, & propter hoc legitimæ successionis cum aliis, qui sunt in familia, habent; *l. 1. §. ult. de suis & leg. l. 44. de adopt.* atque hujus effectus intuitu etiam fratres adoptivi consanguinei vocantur; *l. 2. §. sed & si 19. l. 7. ad Tertyll.* Post Constitutionem Justiniani *l. pen. Cod. de adopt.* soli ex adoptivis jus consanguinitatis & agnationis in familia adoptiva nanciscuntur, qui adoptati sunt à persona non extranea.

Agnatus inter tuos esse non dubitatur] Hotomannus *Agnatos* legit in casu accusandi; quod parùm refert. In vulgaris codicibus est *Inter suos heredes*: sed illa lectio manifestè vitiosa est, & vox *heredes* omnino delenda; quam etiam ab antiquis omnibus codicibus abesse testatur Hotomannus. Cum eodem pro *suos* reposui *Tuos*; quia contextus id flagitat.

TEXTUS.

De masculis & fœminis.

3. *Cæterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas, etiamsi longissimo gradu sint, ultro citroque capitur. Quod ad fœminas verò attinet; ita placebat; ut ipsæ consanguinitatis jure tantùm capiant hereditatem, si sorores sint; ulteriùs non capiant. Masculi autem ad earum hereditates (etiamsi longissimo gradu sint) admittantur. Qua de causa fratris tui, aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinebat: tua verò ad illas non pertinebat. Quod ideò ita constitutum erat, quia commodius videbatur, ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sanè iniquum erat, in universum eas quasi extraneas repelli, Prætor eas ad bonorum possessionem admitti ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittuntur; si neque adgnatus ullus neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa simili modo omnes adgnatos, sive masculos sive fœminas cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat. Media autem jurisprudentia, quæ erat quidem lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata, præfatam differentiam inducebat; & penitus eas à successione adgnatorum repellebat, omni alia successione incognita: donec Prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt: & cognationis linea proximitatis nomine introducta; per bonorum possessionem eas adjuvabant, & pollicebantur his bonorum possessionem, quæ unde cognati appellatur. Nos verò legem duodecim tabularum sequentes, & ejus vestigia hac in parte conservantes, laudamus quidem Prætores suæ humanitatis; non tamen eos in plenum huic causæ mederi invenimus. Quare etenim, uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis tam in masculis quàm in fœminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium adgnatorum: ex adgnatis autem mulieribus nulli penitus nisi soli sorori ad adgnatorum successionem patebat aditus? Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eamdem dispositionem exæquantes, nostra Constitutione sancimus: Omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes (sive masculini generis sive fœminini sint) simili modo ad jura suc-*

ces-

cessionis legitimæ ab intestato vocari secundum sui gradus prærogativam; nec ideò excludendas, quia consanguinitatis jura sicut germanæ non habent.

NOTÆ.

3. *Vt ipse consanguinitatis jure*] Ulp. *tit.* 26. Paul. 4. *sent.* 8. & ideo adgnati definiuntur virilis sexus personæ; *leg.* 2. §. 1. *de suis & legit.*

Qua proximitatis nomine] Quo verbo propriè designantur cognati, ut qui non alio jure, quàm proximitatis veniunt; *l.* 3. *&* 4. *unde cogn.*

Simplicitatem legibus amicam] *Sup.* §. 7. *de fideic. hær.* dixit: Sibi in legibus magis simplicitatem, quàm difficultatem placere.

Media jurisprudentia] Th. οἱ μετ̀ τ̀ δωδεκάδελτον σοφοί. Quibus verbis prudentium interpretationem significat. Cujacius, Hotom. Pac. intelligi putant legem Voconiam. Sed rectiùs Th. quòd ostendo in *Comment.*

Sive quod deerat implentes] Th. ἐνθεῖντες, ἢ καὶ τὸ ἐνδέον ἀναπληρῶντες, *Aut potiùs quod deerat implentes.* Quod Prætori familiare, *l.* 7. *de just. & jure.*

Quare enim, &c.] Tota vetus jurisprudentia responderet: Optimos quosque legislatores in id operam dedisse, ut ad meliorem sexum, id est, ad masculos ferè hæreditates confluerent, ut solos generis ac nominis conservatores propagatoresque.

COMMENTARIUS.

1 *Quando consanguinitas ab agnatione distingui, & quam ob causam cœpta.*
2 *Fœminæ agnatæ non consanguineæ quo ordine vocentur à Prætore.*
3 *Quid per mediam jurisprudentiam intelligat Iustinianus. Vbi quædam non vulgaria.*
4 *Veteris Iurisprudentiæ contra accusationem Iustiniani defensio.*

Locus verbosus. Narratur mutatio juris facta circa legitimam successionem fœminarum agnatarum, & vocatur jus vetustius. Lege duodecim tab. fœminæ agnatæ juxta ac masculi, cujuscumque gradus essent, ad legitimam agnatorum hæreditatem vocabantur: quod jus, cùm mediæ ætatis Consultorum interpretatione coangustatum esset, restrictumque ad consanguineas,
1 id est, sorores ὁμοπατρίους, exclusis remotioribus, quæ tantùm à Prætore postea admissæ sunt nomine proximitatis in ordine cognatorum; Justinianus hic restituit. Hæc summa est.

Etiamsi longissimo gradu] Id est, ut plerique interpretati sunt, etiamsi decimo sint gradu, quo terminari putant legitimam agnatorum successionem; rectène, an secus; videbimus infrà §. *ult. de success. cognat.*

Vt ipsa consanguinitatis jure] Hoc est, fraternitatis. Nam ex quo hoc jus introductum est, consanguinitas cœpta est distingui ab agnatione, & consanguinei ab agnatis ulterioribus: & quia post consanguineas mulicbris sexus personæ, licèt agnatæ essent, non admittebantur; agnatos definierunt esse virilis sexus personas; *l.* 2. §. 1. *de suis & legit.* duoque quasi ordines ex uno facti: *l.* 1. §. 9. *d. l.* 2. *in pr. d. tit. l.* 4. *unde cogn.* cùm antea lex 12. tab. omnes per virilem sexum cognatos uno agnatorum nomine appellasset; & proximis ex his sine ulla sexus aut consanguinitatis discretione detulisset hæreditatem.

Quia commodius videbatur] Prudentibus visum fuit, utilius esse ac rationi magis consentaneum, ut hæreditates ad masculos potiùs, quàm ad fœminas pervenirent: non tantùm quia masculi Reip. magis prosunt, dum aut bella gerunt, aut sacra faciunt, aut muneribus publicis funguntur; quam rationem hic affert Theophilus: aut ne mulieres ditescerent; ac propter hoc elatæ æquarent se viris: verùm etiam & potissimùm, quia familiæ, quæ in fœminis intereunt, per mares conservantur & propagantur. Ac talis etiam scopus Decemviris propositus fuit, dum solis agnatis hæreditatem detulerunt, exclusis cognatis omnibus non ejusdem familiæ.

Proximitatis nomine] Quia cognati non alio jure, quàm proximitatis veniunt: & hoc ex edicto Prætoris verbum proximitatis factum est proprium juris prætorii, eoque cognati propriè designantur, non agnati; *l.* 3. *l.* 4. *unde cognati.* In suis hæredibus nulla omninò servatur gradus prærogativa. In ordine verò agnatorum, etsi pro- 2
ximitas etiam spectatur, dum agnati inter se conferuntur; ea tamen non spectatur, quando conferuntur cum cognatis: quippe quibus omnibus solo jure agnationis præferuntur, etiamsi ipsi longè sint remotiores.

Si neque adgnatus ullus; neque proximior cognatus] Fœminas adgnatas secundo gradu remotiores, quæ jure civili in totum à successione ab intestato repellebantur, postquam iis jus agnationis in ea causa ademptum erat disputatione fori; Prætor, ne in universum exclusæ manerent, in linea, quam tertiam ipse fecit, admisit, id est, nomine proximitatis vocavit ad bonorum possessionem Unde cognati. Et verò nulla causa fuit, cur has minùs in eo ordine admitteret, quàm qui tantùm cognati sunt. Ait; *Neque adgnatus ullus.* Non ait *Proximior*, ut mox, cum de cognato loquitur: quia universus agnatorum ordo cognatis simpliciter præponebatur sine consideratione gradus. Ait: *Neque proximior cognatus.* Nam in successione cognatorum, uti quisque proximior 3
est, ita alterum excludit: nec Prætor quicquam in deferenda hac bonorum possessione considerat præter solam proximitatem.

Media jurisprudentia] Cujacius & Hotomannus, quos Pacius & Tuningius sequuntur, existimant: Imperatorem ita loqui, cùm intelligat νομοθεσίας, seu leges, quæ latæ sunt post duodecim tabulas, & videlicet legem Voconiam. Sed à vero longè abest hæc eorum opinio. Nam lex Voconia jam priscis temporibus in desuetudinem abierat; ut aper-

ut apertè testatur *Gell.lib.20.c.1.* Jus autem, quod hac media Jurisprudentia introduxisse dicitur, ætate Pauli & Ulpiani adhuc erat in viridi observantia; *Paul. 4. sent. 8. Ulp. tit. de l. hær. §. fœminas.* Ac diu etiam post obtinuit, adeòque duravit usque ad tempora Justiniani; qui demum post Consulatum Lampadii & Orestis id sustulit; *l.pen.C.de legit.hær.* Præterea, ut alibi ostendimus ex Cic. Ascon. Dion. Augustino, lex Voconia sanxerat; Ne quis virginē neve mulierem hæredem faceret, ac nec unicam filiam. Quod si ita est; nullo modo referri ad legem Voconiam potest, quod hìc adscribitur mediæ Jurisprudentiæ. Nam si Voconius ne filias quidem ad hæreditatem patris admisit; procul dubio magis removit sorores à successione fratrum: & si nec ex testamento fœminas hæredes esse voluit; multò minùs ab intestato: quippe plus semper tributum voluntati testatoris, facit §. 12. *sup.tit.* 1 *d.l.pen.* §. 1. *C.de adopt.* Fefellit haud dubiè Cujacium idem, quod Hotomannum; nimirum locus Pauli 4. *sent.* 8. ubi sic scribit: *Fœminæ ad hæreditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque jure civili vel Voconia rogatione videtur effectum. Cæterum lex duodecim tabularum nulla discretione sexus adgnatos admittit.* Etenim ex hoc loco non magis colligere possis; rogatione Voconia effectum, ne fœminæ ultra consanguineas ad legitimam successionem admitterentur, quàm jure civili, hoc est, disputatione Jurisconsultorum: quæ juris pars, uti constat, communi nomine appellatur jus civile; *leg. 2. §. 5. de orig. jur.* Disjuncta enim cùm sit Pauli oratio, non minus hoc, quàm illo posito veritas ejus constabit. Ac proin si verbis Justiniani servientes mediam jurisprudentiam cum Theophilo interpretemur, τὰς μέσ τ̃ διαδικασίας ... , non magis nobis Paulus adversabitur, quàm alios juvabit, qui Voconium plebiscitum intelligunt: videturque tantùm Jurisconsultus usus esse hac disjunctione, ut sibi caveret, cùm id quod de legitima consanguinearum successione, & reliquarum agnatarum exclusione scribebat, alterutro quidem jure effectum sciret: utro autem effectum esset, in præsentia non occurreret, nec vacaret inquirere. Nos verò sine cunctatione juri civili adscribemus, quod tribunitiæ togationi nullo modo tribui posse clare ostendimus; idque ex ipsius etiam sententia Pauli. Quippe cùm in omnibus disjunctionibus à differente significetur, unum saltem verum esse. Et omnino sic sentio, jam diu antequam Voconius legem rogaret; quod factum esse inter secundum & tertium bellum Punicum, testatur Augustinus 3. *de civ. Dei c.* 21. prudentum auctoritate atque interpretatione legitimas fœminarum successiones coercitas fuisse intra gradum consanguinearum. Postea autem lege Voconia fœminas omnes penitus remotas fuisse & ab omni successione. Cæterùm cùm hæc lex ut nimis rigida paulatim iterum in desuetudinem abjisset, revocatum denuo fuisse jus pristinum: non quod duodecim tabulæ; sed quod prudentum introduxerat interpretatio. Quæ interpretatio mediæ nomine jurisprudentiæ hìc significatur.

Imperiali dispositioni anterior] D. VVesembecius putat: mediam jurisprudentiam viguisse usque ad occupatam à Cæsaribus Remp. Sed malo eum Bachovio eam porrigere usque ad tempora translati in Orientem imperii: tunc enim primùm pleraque mutata sunt unà cum forma Reipub. & vetera instituta exolescere cœperunt. Priores verò Principes majorum institutis constanter inhæserunt, nec nisi parcissimè legibus stante adhuc Repub. latis, aut Veterum consuetudini derogarunt. Quin etiam major dignitas juri civili, hoc est, disputationi fori, accessit, ex quo Augustus constituit: Ut Consulti ex Principis auctoritate de jure responsitarent, legesque interpretarentur; *l. 2. circa fin. de orig. jur.* Quamobrem quod Justinianus hic ait de imperiali dispositione; id ad Imperatores refero Constantinopolitanos.

Laudamus Prætores suæ humanitatis] Ἐλλειπτικῶς, more Græcorum: intelligitur enim *Ergo* vel *Causa*. Theophilus in paraphrasi reddidit, ... τῆς φιλανθρωπίας τοὺς πραίτωρας. Laudat quidem Prætores propter humanitatem. Græcis hæc locutio familiaris est. Luc. 16. 8. ἐπῄνεσεν ὁ κύριος τ̃ οἰκονόμον τ̃ ἀδικίας. Eadem reticentia est apud nostros, cum ajunt; *Noxæ dedere, satis legatorum desiderare*; *l. 3. §. 2. ut in poss. leg. Satis dotis fieri*, 22. §. *in eo* 5. *sol.matrim.* id est, nominæ noxæ, nomine legatorum; dotis. Cic. 5. *in Verr. Aliquid lucri vel accessionis dare*, i.e. nomine, vice accessionis. Cel. *li.* 1. *Laudatur Hippocrat. artis & facundiæ.*

Quare etenim, &c.] Tota vetus jurisprudentia respondenret; Æquissimum esse, ut plus maribus tribuatur, quàm fœminis propter onera, quæ domi militiæque soli mares sustinent, dum operantur, bella gerunt, mimia omnia Reip. obeunt. In benè constitutis civitatibus præcipuam semper familiarum & gentium rationem habitam fuisse, quarum dignitas, cùm sine opibus & pecunia retineri non possit, optimos quosque legislatores in id operam dedisse, ut ad masculos ferè hæreditates confluerent, ut solos generis ac nominis conservatores propagatoresque. Sext. Cæcilius Jurisconsultus etiam legem Voconiam revocandam censeret. Diceret: Nihil sibi ea lege videri utilius: quippe quæ impotenti sexui præclusa sit via omnis perveniendi ad divitias; ne ditatus insolenter sese efferat, & insultet ipsis viris. Ideòque meritò Marcum Catonem, illum familiæ Porciæ principem & cognomento Sapientem, se illius legis jactare suasorem, &c. Sed noster legislator more suo pro muliebri sexu, cui impensè semper favet, declamitat; *l. pen. C. de legit. hær. l. 4. C. de lib. præt.*

Nostra Constitutione] Extat in *d.l.pen.C.de legit. hær.* ubi similiter ut hoc loco legem duodecim tabularum prolixè commendat, utut quæ benè humano generi prospexerit, Cæterum ubi visum est, eam iterum incusat; veluti in *pr. seq. tit.* ubi eam hoc nomine reprehendit, quòd nimis angustiis

terminis jura successionis concluserit. Tandem longissimè ab ea recessit, sublata omni agnatorum prærogativa.

Secundum sui gradus prærogativam] Ita ut ex Constitutione Justiniani fœminæ omnes agnatæ gradu proximiores agnatis masculis remotioribus præferantur. In quo pleniùs ipsis consuluit quàm Prætor, qui agnatas remotiores consanguineis ne in ordine quidem agnatorum admisit, sed demum post omnes agnatos vocavit, ordine tertio inter cognatos & post cognatos proximiores. Ut autem hìc utrumque sexum in suo ordine exæquavit Justinianus; ita *d. Nov.* 118. jura agnationis & cognationis.

TEXTUS.

De filiis servorum.

4. *Hoc etiam addendum nostræ Constitutioni existimavimus: Ut transferatur unus tantummodò gradus à jure cognationis in legitimam successionem; ut non solum fratris filius & filia (secundum quod jam definivimus) ad successionem patrui sui vocentur: sed etiam germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ, unà cum his ad jura avunculi sui perveniant, & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tamquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus & successionem admittentibus, cæteri gradus remanent penitus semoti; videlicet hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda.*

NOTÆ.

4. *Germanæ consanguineæ*] Germanam hìc & in calce præc. §. appellat etiam eam, quæ ex eodem tantùm patre nata est. Teoph. ἀδελφῆς ὁμοπατρίας.

Vel uterinæ filius] Ipsi fratres & sorores uterini jam ante editam *d. leg. pen. translati fuere in* ordinem legitimorum; *leg. ult. Cod. ad. SC. Tertyll.* quod repetitum postea *l. ult.* §. 2. *Cod. de leg. hæred.*

Sed in capita] Ut puta duos fratres habui, quorum unus unum filium reliquit, alter duos; hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent; *l.* 2. §. 2. *de suis & leg.* Ulp. *tit.* 16. §. 3. Nec id abolitum *d. Nov.* 118. *c.* 3. §. 1. Utique in Oriente observatum constat. Harm. *lib.* 5. *tit.* 8. §. 21.

COMMENTARIUS.

1 *Fratres germani.*
2 *Fratres uterini, eorumque & ex iis natorum in ordinem legitimorum translatio, novissimique juris crebra inculcatio.*

IN calce superioris tit. descendentes ex fœminis transtulit in ordinem suorum: proximè præcedenti §. fœminis agnatis ultra secundum gradum jura successionis legitimæ restituit. Hic etiam cognatos aliquos ex tertio ordine accersitos transponit in ordinem agnatorum, sororum scilicet filios & filias; itemque avunculos defuncti, quos pariter cum agnatis ejusdem gradus vult succedere. Non quiescet, donec discrimen omne sexus, agnationis, cognationisque confuderit.

Addendum nostræ Constitutioni] Duo sunt Constitutionis supradictæ, & scilicet *l. pen. C. de leg. hær.* capita: quorum in priore fœminis agnatis, quocumque gradu sint, jus legitimæ successionis datur; in altero sororum filiis & avunculis defuncti.

Unus tantummodò gradus] Tertius scil. In ulterioribus enim cognationis gradibus adhuc retinet ordinem antiquum; ut post agnatos demum cognati tertio gradu remotiores veniant. Cæterum *Nov.* 118. cognatis omnibus æqualia jura cum agnatis concessit.

Germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius] Ἀδελφῆς ὁμοπατρίας ἤγουν ὁμομητρίας υἱὸς, sororis consanguineæ, vel uterinæ filius; Theoph. sic in extremo §. precedentis germanam appellat etiam quæ ex eodem tantùm patre nata est. Vulgò tamen creditur, fratres germanos propriè dici, qui eumdem utrumque parentem habent. Terent. *in And. Si te in germani fratris dilexi loco.* Idem *in Adelph. O mi Æschine, ò mi germane.* Magis id probat locus Ciceronis 1. *de divinat. Clodius cum sorore germana nefarium stuprum fecit.* Ubi *Germana* expressum videtur ad augendam gravitatem delicti, cùm grandius nefas admittat, qui sorori ex utroque parente conjunctæ stuprum infert, quàm qui consanguineæ tantùm, aut uterinæ. Nomen à germine deductum Festus scribit; *Germen, inquit, est, quod ex arborum surculis nascitur, unde & germani quasi eadem stirpe geniti.* Græcis dicuntur αὐτάδελφοι αὐτοκασίγνητοι. Podarces αὐτοκασίγνητος. Protesilai. *Iliad.* 13.

Vel sororis uterinæ] Fratres & sorores uterini qui dicantur satis notum est; nimirum qui geniti diverso patre prodierunt ex eodem utero, sive qui eamdem habuerunt matrem dumtaxat, ὁμομήτριοι, seu ὁμογάστριοι. Sic autem hìc loquitur Imperator, quasi ipsa soror uterina sit in numero legitimorum. Estne igitur? Jure antiquo sanè non fuit, cùm non sit agnata & constat, eo jure filium fratris præmortui sororem defuncti uterinam exclusisse agnatosque adeò omnes, quantumvis gradu remotissimos, ordine tamen potiores fuisse solis cognatis. Sed sciendũ est, ab ipso Justiniano

jam

jam ante editam, *l. pen. C. de leg. hær.* fratres & sorores uterinos translatos fuisse in ordinem legitimorum; *l. ult. C. ad sen. Tertyll.* quod repetitum postea *l. ult. §. 2. C. de leg. hær.*

Soli, & non deinceps] Solos nunc filios & filias sororis, qui in tertio cognationis gradu sunt cum agnatis ejusdem gradus ad legitimam successionem vocat, non ulteriores cognatos. *Nov.* 118. omnes pari jure, ut jam dictum est

Avunculus autem sororis suæ soboli] Finge igitur; esse defuncto, de cujus hæreditate agitur, filium fratris: esse & filium sororis, præterea patruum & avunculum; hic cognati, filius sc. sororis & avunculus defuncti, unà cum agnatis, fratris filio & defuncti patruo, ad hæreditatem jure legitimo venient. In *d. Nov.* 118. fratrum & sororum filii patruis & avunculis defuncti etiam præferuntur.

Frater & soror superstites non sunt] Hoc quoque mutatum jure novissimo, unàque cum fratribus & sororibus defuncti admissi germanorum fratrum & sororum filii & filiæ jure repræsentationis, ut in stirpes veniant: *d. Nov.* 118. *c.* 3. *Nov.* 127. *c.* 1. Eodem jure non solùm fratres germani, sed etiam eorum demortuorum filii præferuntur fratribus defuncto conjunctis ex uno latere tantùm.

Successionem admittentibus] Repudiantibus enim vel deficientibus primis, succedunt & admittuntur proximi graduum sequentium. De quo sub §. *pen. inf. eod.*

Non in stirpes, sed in capita] Ut hæreditas in tot partes distribuatur, quot sunt hæredes; ut puta: duos fratres habui, quorum unus unum filium, alter duos reliquit hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent, *l.* 1. §. 2. *de suis & legit. Ulp. tit.* 26. §. 3. Ratio cur in capita fiat divisio hæc est; Quòd omnes, ut pari gradu sunt, ita suo quoque jure atque ex sua persona veniant, non jure repræsentationis aut successionis in locum parentum: cùm alioqui simul cum suis patruis & avunculis admitti deberent, ut nepotes admittuntur ad hæreditatem avi unà cum filiis; & quemadmodum eos jure Novellarum admitti, & tunc in stirpes succedere jam diximus. An autem eodem jure fratrum filii, etiam cum soli sunt, in stirpes succedere debeant, quod Joannes voluit, an verò in capita, ut olim, quod Azoni placuit, videbimus *inf. sub tit.* 5.

TEXTUS.

De proximis vel remotis.

5. *Si plures sint gradus adgnatorum; apertè lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque si (verbi gratia) sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus; frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex duodecim tabularum proximum vocet; tamen dubium non est, quin si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & propriè proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium est, quin, licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hæreditas.*

NOTÆ.

Frater potior] Et soror quoque consanguinea, *l.* 3. *C. de leg. hær.* Sed ex *Nov.* 118. Fratrum filii beneficium repræsentationis habent; ut dictum §. *præc.*

Licèt unus sit gradus] Quia & is proximus est, quem nemo antecedit, *d. l.* 2. §. 4. *ll.* 92. *de verb. sig. l.* 1. §. 5. *unde cogn.*

COMMENTARIUS.

Lex duodecim tab. proximum vocat.] Hisce verbis: *Agnatus proximus familiam habeto, l. pronuntiatio* 195. §. 1. *de verb. sign. Ulp. tit.* 26. Voluit ergo lex; in ordine agnatorum servari gradus prærogativam, & solos proximos hæreditatem capere; eaque causa est, cur inter agnatos semper in capita, non in stirpes hæreditas dividatur, *l.* 2. §. 2. *de suis & legit.*

Frater potior habetur] Nimirum quia frater secundo gradu est; fratris filius tertio: solum autem proximum lex vocat. Eadem ratione soror quoque defuncti consanguinea vincit, atque excludit alterius fratris defuncti filios, *l.* 3. *C. de leg. hær.* Cæterùm, ut etiam dictum est §. *praced.* Justinianus *Nov.* 118. concessit fratrum filiis beneficium repræsentationis.

Si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur] Lex duodecim numero singulari proximum vocat; non quòd, si plures sint pari gradu, neminem admitti voluit; quod esset ridiculum; sed quia divinare non potuit, quot quisque agnatos relicturus esset. Quòd si ergo plures sint ejusdem gradus; ex mente legis omnes æqualiter admittuntur; *l.* 2. §. 2. *de suis & legit.* Simili modo cum lex agnato proximo tutelam defert; si plures sint eodem gradu agnati; pariter omnibus deferre intelligitur; *leg.* 8. §. 2. *de suis & legit. tut.* §. *ult. sup. de cap. dem.*

Propriè proximus ex pluribus gradibus] Proximus enim dicitur relativè ad differentiam remotiorum; eumque significat propriè, qui inter plures diversorum graduum proximior est; *l.* 1. §. 5. *und. cogn.* Sed docet hic Imperator; verbum hoc captandum non esse; atque ex sententia legis, etiamsi unus tantùm gradus agnatorum sit, ad eos hæreditatem pertinere: quemadmodum & Ulp. *d. l.* 2. §. 4. *de suis & legit.* qui sic eo loco scribit; *Legitima hæreditas tantum proximo defertur. Nec interest, unus solus sit, an ex duobus prior, pluribusve, an duo pluresve ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel soli sint. quia & is proximus est, quem nemo antecedit; & is ultimus, quem nemo sequitur: & interdum idem primus postremusque, qui solus occurrit;* add. *l.* 1. §. 1. *unde cogn. proximus* 92. *l. proximus* 155. *l. in vulgari* 162. *de verb. sign.*

TEX-

TEXTUS.

Quo tempore proximitas spectatur.

6. *Proximus autem siquidem nullo testamento facto quisquam decesserit; per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hereditate queritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit; per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit, nullum ex testamento heredem exiturum: tunc enim propriè quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis sæpe accidit, ut proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.*

NOTÆ.

6. *Quo mortuus est*] Quia hoc casu tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis concurrit; *d.l.2. §.5.de suis & l.l.1.§.6.unde cogn.* Cajus *apud Rufin. tit.* 16.

Certum esse, nullum ex testamento] *d. l. 2. §. 5. de suis & l. d. l. 1. §. 6. & 7. unde cogn.* Cajus *apud Ruf. d. loc.* Add. quæ *sup. §. 7. præc. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Tempus delatæ ab intestato hæreditatis non semper unum esse & idem.*

CUm quæritur: Quo tempore spectandum, sive
1 an quis suus sit, sive an proximus agnatus cognatusve; dicendum quidem est; semper spectari tempus delatæ ab intestato hæreditatis. Cæterum hoc tempus non semper unum est & idem. Interest enim, utrùm is, de cujus bonis quæritur, nullo testam nto facto decesserit. (quod tunc quoque intelligitur, cum aut non jure fecit, aut quod fecit ipso adhuc vivo eversum est) an facto jure testamento, quod demum post mortem ejus in irritum constituatur. Priore casu proximum eum accipi placet, qui tunc fuit, cùm paterfam. moreretur; quia hic tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis concurrit: posteriore, eum, qui tunc est, cum testamentum deferitur, quia mortuo patre testamento facto, non ante hæreditas ejus ab intestato deferri incipit, quàm certum est, neminem ex eo testamento hæredem exiturum; *l. 2. §. 5.* & *6. de suis legit. l. 1. §. 6. & 7. unde cogn.* Ubetiùs hæc expoluimus sub §. 7. *superiori tit.*

Tunc enim propriè quisque intestatus] D. Contius legit: *Tunc enim etiam propriè* &c. quomodo Ulp. *l. 1. pr. de suis & legit.* cum etiam, cujus ex testamento hæreditas adita non est, ait, non improprie intestatum decessisse. Sed Justinianus tantummodò indicare voluit differentiam, quæ fit in proposito inter eum, qui testamentum non fecit, qui protinus intestatus moritur: & eum, qui fecit testamentum; qui ex eo demum tempore, quo testamentum ejus destitutum est, intestatus decessisse intelligatur.

Qui moriente testatore non erat proximus] Sic species hujusmodi. Fecit quis testamentum cùm haberet patruum & patrui filium; deliberante hærede scripto patruus decessit; mox hæres institutus repudiavit hæreditatem; patrui filius admittetur; *l. 2. §. 5. de suis & legit.* quo loco quod Ulp. ait: Interdum ulteriorem agnatum admitti, ulteriorem accipi constat; non qui ulterior sit, quo tempore admittitur, sive tempore destituti testamenti: sed anaphoricè, qui erat ulterior cùm patruelis moreretur.

TEXTUS.

De successorio Edicto.

7. *Placebat autem, in eo genere percipiendarum hæreditatum successionem non esse: id est, ut quamvis proximus, qui secundùm ea, quæ diximus, vocatur ad hæreditatem, aut spreverit hæreditatem, aut antequàm adeat, decesserit; nihilò magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum Prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant; utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra Constitutione, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus: Successionem in adgnatorum hæreditatibus non esse eis denegandum: cum satis absurdum erat, quod cognatis à Prætore apertum est; hoc agnatis esse reclusum: maximè cum in onere quidem tutelarum & primo gradu deficiente sequens succedit; & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.*

NOTÆ.

7. *Successionem non esse*] Id est, proximo repudiante vel deficiente, ad insequentem gradum agnatorum hæreditatem non transmitti. Ulp. *tit. 26. §. 4.* idem *l. 2. pr. de suis & l.* Paul. *4. sent.* 8. ubi & rationem suggerit; scil. Quia lex hæreditatem tantùm defert adgnato proximo.

Recluse] Pro *occluse*, ut mox iterum: quod est contra auctotum loquendi con uetudinem; Justin. tamen *lib. 1.* eodem sensu usurpavit.

Quod in onere] Argumentatio ab onere ad emolumentum, *fac. l. 10. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Olim in legitimis hæreditatibus successionem non fuisse, & quamobrem.*

2 *Quomodo accipiendum quod dicitur: Successionem non esse in suis hæredibus: & num id postea mutatum.*

3 *Cur Imperatori visum, successionem in agnatorum hæreditate admitti.*

1 JUre antiquo in legitimis hæreditatibus non erat locus successioni, hoc est, proximo repudiante vel deficiente, ad insequentem agnatorum gradum ex lege hæreditas non transmittebatur: *Vlp. tit.26.§.4.* & ideò fratre verbi causa decedente antequàm adiret aut repudiaret hæreditatem, fratris filius admitti non poterat; *Paul. 4.sent.8.* Atque hoc est, quod scribit idem *Vlp.l.2.in pr.de suis & l. Si sint consanguinei, licèt non adierint hæreditatem, legitimis*, id est, agnatis remotioribus, *non deferri*. Rationem hujus juris suggerit *Paul. d. loc.* Quia omnis successio proximiori defertur; hoc est, quia lex 12. tabularum hæreditatem defert agnato proximo, & tantùm semel ut unica illa delatione potestate legis consumpta, gradus insequens, cui lex non defert, legitimo jure admitti non possit. Nimirum sic primis deferebatur, ut in horum persona consisteret jus percipiendæ hæreditatis. Quòd si illi hæreditatem omisissent, aut non adiissent morte præventi sequentib. gradibus non deferebatur, sed vacabat hæreditas, eoque redibat ad fiscum ut cætera bona vacantia. Quod jus Imperator hic abrogat, data legitimis hæredibus successione exemplo cognatorum.

In eo genere] In secundo scilicet ordine hæredum, in quo vocantur agnati. Quamquam nec in suis hæredibus successio est; teste *Vlp. l. 1. §. sciendum 8. de suis & legit.* ubi scilicet agitur de gradibus ejusdem lineæ, de filio & nepote ex eo, ut postquàm filio semel delata est hæreditas, nepoti ut suo hæredi aut agnato non deferatur; *l. ult. C. unde lib.* alioqui constat, nepotes in locum patris sui præmortui succedere, unà cum liberis primi gradus admitti ad hæreditatem avi. Putant autem plerique, etiam *d.l.ult.* correctam esse per hunc §. aut certè per *No. 118.c. 1.* sed contrarium teste Jasone tenuerunt Ultramontani & DD. Bononienses; quorum sententia mihi videtur ex ratione Juris communis verior.

Nihilò magis legitimo jure sequentes] Quid si 2 plures sint eodem gradu agnati, & quidam ex his omiserint hæreditatem, vel morte vel alia ratione impediti fuerint, quominùs adirent? Reliquis, qui adierint, illorum portio accrescit: & licèt decesserint, antequàm accresceret; ad hæredes tamen eorum pertinet; *l. 9. de suis & legit. §. ult. infr. de sen. Orfic. Vlp. tit. 26. §. 4.*

Ex cognatorum ordine eos vocabant] Edicto successorio; *l. 1. de success. edict.* Observabat autem Prætor in eo ordine gradus prærogativam, v. c. Titius intestato decessit relicto fratris filio, itemque filio sororis, & alterius fratris nepotes: repudiante hæreditatem fratris filio; nepos alterius fratris ad hæreditatem legitimam non admittitur; sed nec ut cognatus ad bonorum possessionem; quia obstat filius sororis cognatus proximior.

Agnationis jure eis recluso] *Recluso* dixit pro Occluso; uti & iterum postea, *Hoc agnatis esse reclusum*, contra Auctorum loquendi consuetudinem, quibus recludere est, quod clausum erat aperire, reserare. Virg. 8. *Æneid. Infernas reseret sedes & regna recludat.* Horat. *lib. 3. carm. od. 2. Virtus recludens immeritis mors Cælum*, &c. Justinus tamen *lib. 1.* de pellicibus regiis loquens dicit singula separatim *recludi* pro *occludi*. *In l. pen. C. de legit. hæred. Recluditur* dixit Justinian. pro *Excluditur*; cum ait: *Germana ejus ab eadem successione recluditur.*

Constitutione nostra] Constitutionis hujus de jure patronatus meminit etiam *inf. tit. 7. in pr.* & multis aliis in locis; sed desideratur. Hac autem Constitutione inter alia hoc cautum: Ut agnato proximo hæreditatem sibi delatam repudiante, admitterentur ex eodem ordine gradus sequentes exclusis cognatis etiam proximioribus: atque ita auctius factum est jus agnatorum. Hodie verò nullus est hujus beneficii usus, postquàm cognati per omnia agnatis exæquati. *Nov. 118. c. 4.*

Quod cognatis à Prætore apertum] Duas rationes affert Imperator, cur in agnatorum hæreditatibus locum esse velit successioni. Prima est, quæ hic redditur: Quia Prætor eam admisit in ordine cognatorum; *l. 1. §. quis semel 6. & §. quibus 10. de success. edict.* & ut verum fatear, mera quædam juris subtilitas est, quòd proximiore agnato deficiente ulterior admitti non possit.

Maximè cum in onere tutelarum] Ratio altera 3 & argumentatio ab onere ad emolumentum. Si in onere tutelæ, quam ad cognatos ideò pertinere ipsa lex 12. tab. voluit, quia eosdem vocavit ad hæreditatem, successioni locus est: & proximiore agnato, vel mortuo, vel capite minuto, qui post eum est, in administratione succedit; *l. 3. §. pen. de l. tut.* justum & æquum est, ut eodem modo deficiente priore, qui sequitur emolumento potiatur hæreditatis; juxta *l. 10. de reg. jur.*

TEXTUS.

De legitima parentum successione.

8. *Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps, emancipat. Quod ex nostra Constitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur quasi contractu fiducia fieri: quum apud Veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.*

NOTÆ.

8. *Qui contracta fiducia*] Id est, qui liberos patris fiduciariò mancipatos & ex pacto fiduciæ sibi remancipatos manumittit. Vid. *sup. §. 6. quib. mod. jus pat. pot. solut.*

Ex nostra Constit.] *leg. ult. Cod. de emanc. lib.* ubi imaginarias antiquæ emancipationis solemni-

lemnitates sustulit; salvo tamen jure patria manumissoris, ubi scil. nihilominus tamquam patronus ad legitimam hæreditatem filii vocetur; *d. §. 6. sup. quib. mod. jus pat. pot.* Sed hodie parens manumissor jure patroni in commodo hæreditatis non amplius utitur. *Nov. 118. c. 2.*

Commentarius.

1 *Filiumfam. heredem ab intestato non habuisse usque ad Constitutionem Leonis & Anthemii.*

2 *Quo loco ex ea Constitutione pater vocetur, & quo ex Nov. 118.*

3 *Quo jure olim pater ut pater successerit filio emancipato.*

TRactatur hic de legitima successione parentis, non quatenus ut parens consideratur,
1 sed quatenus ut manumissor patronus. Quo ordine pater filio olim successerit, non satis liquet. Illud constat, in filiofa. hujusmodi quæstioni locum esse non potuisse jure illo veteri, quo filius omnia patri acquirebat. At licèt postea exceptum fuerit peculium castrense, & paulatim etiã quasi castrense, permissumque filiofa. in his bonis hæredem sibi testamento instituere; jus tamen vetus hactenus patri conservatum fuit; ut si filius intestatus decessisset: bona ista pater jure peculii occuparet; *l. 2. l. 9. de castr. pec.* Hoc igitur casu manebat adhuc eadem conditio bonorum castrensium, quæ reliqui peculii. Atque huc usque filius fa. hæredem ab intestato habere non potuit: sed habere posse demum cœpit posterioribus temporibus, cum liberis concessa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis; & de veteri illo jure patrio multa detracta sunt. Extat
2 Constitutio Leonis & Anthemii *l. 4. C. de bon. qua lib.* qua res liberorum defunctorum primò eorum liberis deferuntur: si nulli sint liberi; fratribus & sororibus: si hi quoque desint; tertio loco parentibus, nec ergo jam amplius tamquam peculium, sed ut hæreditas. Eadem procul dubio ratio succedendi fuit & in bonis castrensibus. Nam si bona adventitia, quorum usumfructum tamen habebat, pater jure peculii occupare non poterat; omnino credibile est, nec potuisse castrensia. Quod & ipsum satis apertè testatur Justinianus in *princ. tit. quib. non est perm. fac. test. lib. 2.* cum ait: Si filiifam. qui castrense peculium habent, intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus; id ad parentes eorum jure communi pertinere: jure communi, hoc est, jure hæreditario ex posteriorum Principum Constitutionibus: nam si jure peculii ad patrem pertineret; nemo patri præferri posset, nec cuiquam
3 hæreditario jure deferri. De quo in explicatione *d. leg.* fusiùs disseruimus. Novella 18. parente sine discretione sexus aut potestatis vocantur ad legitimam hæreditatem in ordine secundo; cum quibus tamen simul admittuntur fratres ex utroque latere defuncto conjuncti. Ad filium verò emancipatum quod attinet, planum quidem est, patri manumissori legitimam intestati hæreditatem delatam fuisse: at quo jure quove loco successerit ut pater; non item. Habuisse patrem jus succedendi, patet ex eo, quòd præteritus suo jure de inofficioso agere potuit; *l. 1. §. ult. si à par. quis man. l. 4. de inoff.* quòd utique nemo potest, nisi qui jus succedendi ab intestato habet: & tamen jure civili hæredem eum esse non potuisse; argumento est: quòd eo jure ad hæreditatem tantùm sui hæredes, & his non existentibus agnati vocantur: pater autem neque suus est, neque agnatus filio emancipato. Dices A Prætore admissum ad bonorum possessionem. Ex quo ergo capite? Unde legitimi: an Unde cognati: Si Unde legitimi debuit excludere fratres & sorores, qui ad bonorum possessionem fratris sui emancipati ex alio capite venire non poterunt, quàm Unde cognati. Sed etsi Unde cognati dicas; adhuc tamen pater jure proximitatis præferri debuit defuncti fratribus. Atqui contra pater à fratribus exclusus fuit; *leg. 2. C. de sen. Tertyll.* Rursùs si Unde cognati dicas; mater unà cum patre vocari debuit: & post Senatusconsultum Tertyllianum, ex quo mater ex capite unde legitimi vocata fuit, etiam patri ordine præferri; *l. 1. §. ult. unde legit.* At pater in petenda bonorum possessione matri prælatus fuit etiam post illud Senatusconsultum; *l. 10. de suis & legit. l. 2. §. objicitur 11. ad sen. Tert. §. 3. inf. eod. tit.* Ego sic existimo patrem olim admissum fuisse ex capite Unde cognati, cognatisque omnibus nomine proximitatis prælatum, & jure patris etiam matri: quod jus ei expressè reservatum fuerit Senatusconsulto, dictamque *l. 2. C. ad sen. Tertyll.* à Triboniano interpolatam accommodatamque ad jura recentiora; & nominatim ad *l. 4. C. de bon. quæ lib. & l. 11. C. comm. de success.*

Qui contracta fiducia, &c.] Id est, qui liberos ex pacto fiduciæ sibi emancipatos manumittit. Nam inventis ad usurpationem vetustatis in emancipatione liberorum imaginariis illis venditionibus & manumissionibus, de quibus in *§. præterea 6. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* solebat plerumque pater naturalis fiduciam cum emptore imaginario contrahere de liberis sibi remancipandis, quos ipse deinde manumittebat; eoque facto, ipse pater in eos eorumque bona jura patroni consequebatur; *tit. si à par. quis man.* Cæteroquin omnis emancipatio fiebat contracta fiducia, hoc est, ea lege & fide saltem interposita, ut liberos sibi traditos emptor manumitteret: qui ob id dicebatur fiduciarius; teste Cajo *lib. 1. tit. 6. §. 3.*

Semper videantur quasi contracta fiducia fieri] Justinianus imaginarias illas antiquæ emancipationis solemnitates sustulit; *l. ult. C. de emanc. lib.* salvo tamen jure antiquo patris manumissoris: ut scilicet adhuc ad legitimam hæreditatem filii vocetur, cæteraque jura patroni consequatur, perinde ac si contracta fiducia eum emancipasset. Parum autem subtiliter loquuti sunt Compositores cum ajunt; Emancipationem ex Constitutione Justiniani semper intelligi fieri contracta fiducia. Cur enim, aut quomodò fieri videri volunt, quod

penitùs sublatum est? Jure Novellarum parens manumissor jure patroni quoad commodum hæreditatis non amplius utitur; *arg. Nov.* 118. *cap.* 2.

TITULUS III.
DE SENATUSCONSULTO TERTYLLIANO.

D. Lib. 38. *Tit.* 17. *C. Lib.* 6. *Tit.* 56.

Argumentum hujus & sequentis tituli.

HOc titulo docet Imperator: quando & quomodò mater ad liberorum suorum intestatorum legitimam hæreditatem vocetur; in sequenti; quando & quomodo illi matri intestatæ succedant.

TEXTUS.

De lege 12. Tab. & jure Prætorio.

Lex duodecim tabularum ita strictò jure utebatur, & præponebat masculorum progeniem: & eos qui per fœminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeò expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ultro citroque hæreditatis capiendæ jus daret; nisi quòd Prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum possessione Unde cognati accommodata, vocabant.

COMMENTARIUS.

NE *quidem inter matrem & filium*] Ait, Lege duodecim tabularum ne inter matrem quidem & filium filiamve jus ultro citroque capiendæ hæreditatis concessum fuisse. Quod verum est. Nam lex ista duos dumtaxat ordines heredum ab intestato fecerat; suorum sc. hæredum, & agnatorum. Mater autem & liberi nec sui hæredes invicem sunt, nec agnati. Cognati quidem invicem sunt; sed cognati nulli à lege vocantur.

Nisi quòd Prætores ex proximitate] Pro *Nisi* utendum erat conjunctione discretiva, *Cæterum* aut *sed*; ne quis putet ex præscripto legis quod Prætores fecerint. Sensus enim est: Prætorem more suo rigorem legis antiquæ mitigasse: & quod poterat, matrem & liberos, qui hæredes invicem ex lege non erant, invicem sibi fecisse bonorum possessores, ad mutuam successionem eos vocando in ordine cognatorum, quem ipse solius proximitatis & sanguinis ratione introduxit & tertium fecit.

TEXTUS.

De Constitutione Divi Claudii.

1. *Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem Divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hæreditatem.*

NOTÆ.

1. *Primus Claudius matri*] Referunt huc quod Svet. in *Claud.* c. 19. scribit: Eum fœminis dedisse jus quatuor liberorum: quo tamen quid significet, obscurum est.

COMMENTARIUS.

HÆ *juris angustiæ emendatæ*] Hoc est, ipsi legi 12. tab. postea derogatum est: & quod Prætor facere non poterat, jus legitimæ hæreditatis etiam matris liberis Senatusconsultis: ac dehinc cùm antea demum post omnes agnatos à Prætore vocarentur ad bonorum possessionem; vocari cœpti sunt ordine secundo ex capite *Unde legitimi*, l. 2. §. *ult. unde legit.*

Primus D. Claudius] De Claudio nihil apud alios reperitur, quod quidem ad rem propositam facere videatur, nisi hic referas, quod Svetonius scribit. Eum fœminis dedisse jus quatuor liberorum; quod etsi quid significet, obscurum est, opinor tamen, eum intelligere jus liberis succedendi, cujus hic fit mentio: quod quidem Claudius primus matribus dedit, cæterum non omnibus, verùm iis dumtaxat, quæ quater peperissent. Sanè accipi non potest pro jure liberorum, quod olim à Principibus pro beneficio datum fuit orbis ad evitandas pœnas legis Papiæ: quarum una erat; quòd solidum capere non poterant: quod indicatur à Juvenale *satyr.* 9.

Jura parentis habes, propter me scriberis hæres,
Legatum omnes capis nec non & dulce caducum.

Adulterum inducit Poeta, qui maritum hoc sibi beneficium debere ait, quod pœnas orbitatis lege Papia constitutas jam non patiatur, sed solidi capiendi jus habeat; quippe cùm maritus ipse liberos ex uxore suscipere non posset, vicem ejus supplesse, & inde liberos natos.

Ad solatium liberorum amissorum] Ut hoc quasi solatio luctum amissorum liberorum levaret; quomodo Pompon. *l.* 6. *de jur. dot.* patri succursum esse scribit, ut filiæ amissæ dos ab eo profecta ei redderetur, ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiret. Hotomannus & Tuningius putant; per amissos significari eos, qui in acie ceciderunt.

TEX-

TEXTUS.

Ad Senatusconsultum Tertyllianum. De jure liberorum.

2. *Postea autem Senatusconsulto Tertylliano, quod Divi Adriani temporibus factum est, plenissimè de tristi successione matri, non etiam aviæ deferenda, cautum est: Ut mater ingenua trium liberorum jus habens; libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato mortuorum, licèt in potestate parentis sit: ut scilicet cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hereditatem, cujus juri subjecta est.*

NOTÆ.

2. *De tristi successione matri*] Ut ad quam summus mœror turbato ordine morte filii pervenit, ad eamdem quoque luctuosa hæreditas perveniret.

Non etiam aviæ] Unde petenda ratio *leg. 9. C. de l. hær.* ubi soror consanguinea aviæ præfertur. Justinianus ulteriùs progressus est; *Nov. 118. c. 2.*

Mater ingenua trium liberor.] Ingenua, quæ ter, libertina, quæ quater enixa esset, dummodò vivos & pleni temporis. Reliquæ ex SCto non succedebant; nisi jus liberorum à Principe impetrassent. Paul. 4. *sent. 9.* Ulp. *tit. 26. §. ult.* De quo jure vid. Duar. 1. *disp.* 40.

Licèt in potestate parentis] *l. 6. C. ad SC. Tertyll.* Commodum tamen omne hæreditatis hoc casu acquirebat patri: hodie verò mater proprietatem, avus usumfructum habet; per *l. 6. C. de bon. qualib.*

COMMENTARIUS.

Divi Adriani temporibus] Zonaras *lib. 1.* testatur: Hoc Senatusconsultum factum esse Divo Pio auctore; quod & fasti confirmãt, in quibus post Barbarum & Regulum Consules ponũtur Tertyllus & Sacerdos; quo tempore jam annos viginti Antoninus Pius rei Romanæ præfuerat. Ergo Divum Adrianum hic accipiemus non patrem, sed filium, Antoninum sc. Pium, qui jure adoptionis idem cum patre nomen sortitus est, & Adrianus quoque appellatus. Sic epistola vulgò Adriani dicta, qua pluribus unius rei fidejussoribus beneficiũ divisionis datum est, Divo Pio tribuitur; *l. si testamento 49. §. 1. in fin. de fidejuss.* Ob eamdem rationem Adrianus quoque Trajani nomine sæpe appellatur. Cujac. hic.

Plenissimè de tristi successione] Plenissimè, id est, diligentissimè; accuratè enim de hac successione Senatusconsulto cautum, definitumque, qui cum matre concurrant; quos ipsa, vel qui ipsam excludant; quid matri faciendum incumbat, &c. *vid. l. 2. hoc tit. Tristi successione:* Luctuosam hæreditatem appellat *l. ult. C. de inst. & subst.* scilicet quia obvenit contra votum matris, quæ velit & optet, liberos suæ superesse vitæ sospites & superstites.

Vinnius in Institut.

Non etiam aviæ] Senatusconsultum Tertyllianum matri tantùm filiorum filiarumve hæreditatem detulit; non aviæ aut ulteriores gradus adscendentibus nepotum neptumve aut deinceps descendentium Unde petenda ratio *l. 9. C. de legit. hær.* quæ in successione intestatæ sororem præfert aviæ, nimirum consanguineam: nam ex edicto, Unde cognati aviam cũ uterina ut gradu parem simul admissam fuisse non est dubitandum. Credibile autem est, ob juris veteris reverentiam tunc ultra primum gradum processum non esse: ulteriùs tamdẽ progressus est Justinianus; *No. 118.*

Ingenua trium liberorum, libertina quatuor] Hoc quoque veterum legum venerationi datum videtur: quod Senatus non simpliciter matribus omnibus, sed quæ multos cives Reipub. peperissent, prospexit; & nimirum ingenuis, quæ ter, libertinis civibus Romanis; quæ quater enixæ essent, dummodò vivos & pleni temporis. Reliquæ ex Senatusconsulto succedunt, nisi jus liberorum à Principe consecutæ sint; *Paul. 4. sent. 9. in pr. & fin. Ulp. tit. 26. §. ult.*

Intestato mortuorum] Igitur necesse est, ut liberi defuncti, quorum de successione agitur, fuerint sui juris: nam qui in potestate sunt; jure antiquo nullo casu hæredem ab intestato habere potuerunt, ne in bonis quidem castrensibus; ut demonstravimus sub *§. ult. præc. tit.* Hodie verò id secus est: nam ex *Nov. 118.* mater proprio jure succedit, & vel sola, vel cum patre & fratribus defuncti, ut jam nullus ampliùs hujus Senatusconsulti usus sit.

Licèt in potestate parentis] Quominùs mater ad hæreditatem ex Senatusconsulto admitteretur, non impediebat, quòd in aliena erat potestate *l. 6. C. hoc tit.* quamvis hoc casu nihil admodum emolumenti ad eam perveniret; sed avo magis, cui commodum omne hæreditatis acquirebatur, quàm matri consuleretur. At hodie usumfructum tantùm in proposito avus consequetur, mater proprietatem habebit; per *l. cum oportet C. de bon. quæ lib.*

TEXTUS.

Qui præferuntur matri vel cum ea admittuntur.

3. *Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed & filiæ suæ mortuæ filius, vel filia præponitur ex Constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater verò utriusque, non etiam avus & proavus, matri anteponitur; scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii, quàm filiæ excludebat matrem: soror autem consangui-*

 nea

nea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis onerata: frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hæreditas ex æquis partibus fratribus & sororibus.

NOTÆ.

3. *Suorum loco*] Suorum loco Prætori sunt liberi emancipati: ex Constitutionibus & præcipuè Justiniani, nepotes & pronepotes ex filia, *§. ult. sup. de hær. quæ ab int.*

Ex Constitutionibus] *l. 4. C. ad SC. Orf. l. 11. C. de suis & l. l. 3. & pen. C. Th. de leg. hær.* quamquam illud tantùm ex Constitutionibus esse videtur, quod etiam nepotes neptesve defunctæ admittantur, & præferantur matri; *l. 1. C. ad Orf. §. 1. tit. prox.*

Inter eos solos] Non inter patrem & matrem, ut malè Hot. VVes. Pac. (Pater enim semper matrem excludit) sed inter avum vel proavum & matrem solos. Aliàs avus quoque matrem, cui pater obstat, propter patrem excludet; *l. 5. §. ult. eod.*

Frater consang. &c.] Tria dicit, 1. Fratres defuncti consanguineos matrem exclusisse. 2. Sorores consanguineas, si solæ, cum matre admissas. 3. Si & sorores & fratres consanguinei; sorores cum fratribus admissas exclusa matre:

Liberis onerata] Cujac. ad Ulp. *tit. ult. §. ult.* ostendit legendum esse *honerata*. Th. *ἔχουσα δ' ἄγαν ἀναίδειαν*, & *inf. §. 5. κακοτυχίη*, Cic. 11. *Tusc. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui ex liberis filii defuncti matri præferantur.*
2 *Qui ex liberis filiæ defunctæ.*
3 *Quo adscendentium.*
4 *Quo lateralium.*

CОntinet hic §. declarationem Senatusconsulti Tertylliani; doceturque primò: quid juris sit, si cum matre defuncti existant liberi; deinde si pater aut avus paternus; tertiò si fratres aut sorores.

Præferuntur matri liberi defuncti] Quando cum matre concurrunt liberi defuncti, sive primi sive ulterioris gradus: liberi matrem excludunt: idque sive agatur de masculi, sive de fœminæ successione ut mox apparebit.

Qui sui, quive suorum loco] Hic necesse est casus ponatur, quo filius mortuus est: siquidem filia suos hæredes habere non potest. Ait autem Imp. Matri defuncti præferri liberos, qui sui defuncto hæredes sunt, tum qui sunt suorum loco. Sui sunt etiam liberi adoptivi: cæterum hi post emancipationem matri defuncti non obstant, nec admittuntur, nisi fuerint ex liberis naturalibus, ut puta nepos adoptatus ab avo; *l. 2. §. liberi hoc tit.* Quid autem juris hodie, si adoptati ab extraneo? Non habent hi quidem jus suorum hæredum: sed tamen quia Justinianus expressè iis servavit jus successionis ab intestato; dicendum videtur, matri præferendos esse; *l. pen. §. 1. C. de adopt.* Quid si quis decesserit relicta matre & item filia, quam in adoptionem dederat? Et quidem in adoptionem dati neque sui hæredes sunt patri naturali, neque suorum hæredum loco. Placuit tamen, cessare Senatusconsultum, & simul admitti ad bonorum possessionem Unde proximi cognati matrem & filiam, *l. 2. §. sed si 9. hoc tit.* Suorum loco sunt primùm liberi emancipati; quos sæpè diximus Prætorem suorum numero habere,
eosque tamquam suos, vel cum suis hæredibus 1
vel solos bonorum patris possessores facere. Deinde suorum quoque loco sunt ex Constitutionibus Principum & præcipuè Justiniani nepotes & pronepotes ex filia: nam & hi inter suos & cum suis vocantur; *§. ult. sup. de hær. quæ ab intest.* ut matri defuncti præferri debeant, cum in suis, aut qui suorum numero sunt, gradus non quæratur; hoc est, nihil referat primi gradus sint, an ulteriorum; ut ipse Imp. hic docet.

Filiæ suæ mortuæ] Casus, ubi de filiæ intestato
mortuæ successione quæritur. Ait *Suæ*, id est, 2
quæ sui juris suæque potestatis fuerit: quomodò M. Tullius *lib. 3. de repub. Est*, inquit, *genus injustæ servitutis, cùm ii sunt alterius, qui sui possunt esse.* Persius: *Vindicta postquàm meus à Prætore recessi*, & alioqui nec huic Senatusconsulto, nec successioni ab intestato omnino locus esse potest: ut notatum *§. præc.* Utique illud palam est, liberos suos hæredes matri non esse. Apud VVesembecium vox *Suæ* deest.

Filius vel filia præponitur ex Constitutionibus] *L. 4. C. ad Senatusconf. Orfic. l. 11. Cod. de suis & legit. l. 3. & pen. C. Theod. de legit. hær.* Ut autem filius & filia matri præferrentur, nec inter eos & matrem divideretur hæreditas, Constitutionibus opus fuisse ideò Hotomannus & Bachovius scribunt: Quia pari jure niti videantur, mater suffragio Senatusconsulti Tertylliani filius & filia Orficiani: & tamen in Orficiano excluduntur consanguinei, qui in Tertylliano aut præferuntur, aut cum matre concurrunt: Unde si intestatæ mulieri consanguinei extant & mater & filia; ad solam filiam ex Senatusconsulto Orficiano hæreditatem pertinere rescriptum est ab Alexandro *l. 1. C. ad Senatusconf. Orfic.* Planè illud ex Constitutionibus est: Quòd etiam nepotes neptesve admittantur, & matri defunctæ præponantur; *d. l. 11. C. de suis & legit. lib.*

Pater verò utriusque, non etiam avus & proa- 3
vus] Jam cum matrem conferre incipit adscendentes alios, patrem, avum, proavum. Ait: Patrem matri anteponi: patrem sc. naturalem: nam adoptivus matri non nocet: *l. 2. §. objicitur 15. l. 3. hoc tit.* Ait: *Utriusque*; id est, & filii & filiæ intestato mortuorum, de quibus distinctè antea locutus erat. Summovet autem matrem, sive manumissor hæres pater existat, sive non manumissori bonorum possessio competat; *d. l. 2. §. objicitur l. 10. de suis & legit. Non etiam avus & proavus*, neque

avus

avus neque proavus, ait Ulpiano in Tertylliano, matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint; *d. §. objicitur.*

Cum inter eos solos] Scilicet, ajunt Hotoman. VVesemb. Pac. inter patrem & matrem, qui manifestus error est: pater enim semper & omnimodò matrem excludit. Referendum hoc omnino est ad proximè antecedens: nempe si mortuo jam ante patre defuncti, inter avum aut proavum & matrem solos de hæreditate agatur: hoc casu significat Imperator, matrem potiorem esse: ast ubi simul pater superest, cui avus anteponatur; non item: verbi causa: Nepos ab avo manumissus decessit, patre & avo & matre superstitibus; hic avus manumissor, quia speciali jure tamquam patronus patri, id est, filio suo in potestate retento, præfertur, matrem quoque, cui pater obstat, propter patrem excludet; *l. 5. §. ult. hoc tit.* neque enim matri prodesse debet, quòd avus patris anteponitur jure patroni. At patre mortuo, si avus solus extet cum matre; avus etiam manumissor matri postponetur, *d. l. 2. §. objicitur eod.* Unde notant Jo. Fab. Porc. & alii regulam, *Si vinco vincentem te, multò magis vinco te*, non procedere, ubi non sunt pares termini: ego dicerem: Ubi non meo jure te vinco, sed propter tertium. Non absimilis casus est, qui proponitur ab *Ulp. d. l. 2. §. si sit consanguinea 18. eod.*

Frater consanguineus excludebat matrem, soror autem pariter, &c.] Hic cum matre consentuntur fratres & sorores, atque hæc tria docentur. 1. Si fratres cōsanguinei cum matre defuncti existant, fratres esse potiores. 2. Si sorores consanguineæ siquidem solæ; cum his pariter matrem admitti. 3. Si & sorores sint & fratres consanguinei, non prodesse matri, quòd tunc sorores æquè ac fratres admittantur: neque enim ut matrem, ita & sorores à fratribus excludi. Porrò cùm fratres duntaxat & sorores hoc loco mariti objiciantur, existimandum est, cæteris à latere venientibus sive agnatis sive cognatis matrem præferri. Sed & quia consanguineorum tantùm mentio fit; credibile est, fratres & sorores uterinos Senatusconsulto fuisse exclusos: cæterum Justinianus hoc etiam cum matre admisit, *§. 5. inf. eod. Novella 118.* totum hoc jus mutatum est, ut identidem monuimus.

Et mater liberis onerata] Probabilis est conjectura Cujacii in *not. ad Ulp. tit. ult.* pro *Onerata* legendum existimantis *Honorata*: ut enim verum sit, liberos matri esse oneri, tamen respectu Senatusconsulti Tertylliani, de quo hic agitur, non oneri, sed emolumento matri sunt. Conjecturam Cujacii Theophilus quoque juvat, qui vertit *ἔχουσα δίκαιον παίδων*, & §. 6. eamdem appellat *δικαίῳ παίδων κεκοσμημένην* Cicero *1. Tusc. Metellus ille honoratus quatuor filiis.*

TEXTUS.

Jus novum de jure liberorum sublato.

4. *Sed nos Constitutione, quam in Codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & sæpè mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideòque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non pepererit; immeritò defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures, sed paucos pepererit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis sive libertinis, etsi non ter enixæ fuerint vel quater: sed eum tantùm vel eam, qui quæve morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.*

COMMENTARIUS.

Constitutione, quam in Codice] Ea est *l. 2. C. l. tit. lib.* qua matri jus legitimæ successionis omnimodò conceditur: licèt ingenua tres; libertina quatuor liberos non pepererit.

Impium esse credidimus] Non debet disputari adversùs Senatusconsultum, quo jura matrum adaucta sunt: nec impium, sed plenum pietatis amplissimi Ordinis consilium fuit; nimirum præmio aliquo matres invitare ad liberorum procreationem atque educationem, & occurrere detestabili infantium exponendorum audaciæ: fortè & flagitiis aliis fœminarum obviam ire, quæ (qui cum temporis mores erant) frequenter abortionibus operam dabant; cujus rei testis nobis sit Juvenalis *satyr. 6.*

Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto.
Tantum artes hujus tantum medicamina possunt.
Quæ steriles facit, atque homines in ventre necandos.
Conducit.

Quid enim peccavit] Cur non omissa omni disputatione pro imperio suo statuit, quod vult, & tribus verbis simpliciter matri jus legitimæ successionis dat? Senatus non fortunam, sed civitatis propagationem spectabit; uti & lex Papia Poppæa, quæ non modò cælibes, verùm orbos etiam pœna affecit, quamvis nihil peccantes, cum nemo divinare possit, uxorem, quam ducit, infœcundam fore. Æquo tamen animo hujusmodi ferenda sunt, & cedendum publicæ utilitati.

TEXTUS.

Quibus mater præponitur, & quibuscum admittitur.

5. *Sed cum antea Constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, nec in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstra-*

bentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant; nobis visum est, recta & simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere; excepta fratris & sororis persona: (sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes) ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo praeposuimus; ita omnes fratres & sorores (sive legitimi sint, sive non) ad capiendas hereditates simul vocemus: ita tamen, ut si quidem sola sorores adgnatae, vel cognatae, & mater defuncti, vel defunctae supersint; dimidiam quidem mater: alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si verò matre superstite, & fratres, vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur; in capita ejus distribuatur hereditas.

NOTÆ.

5. Cum antea Constitutiones] Vid. *l. 1. l2. & pen. C. Th. de legit. her.* Cujac. hic.

Anteponi, & sine ulla deminutione] Superiores Constitutiones jus matris minuebant, admissis adgnatis in partem tertiam; quas Constitutiones abrogat; *l. ult. C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

P*Artim adjuvabant, partim pregravabant*] Ejusecmodi extat Constitutio Constantini *l. 1. C. Thod. de legit. her.* Adjuvat ea matrem, quia matri etiam non habenti jus liberorum defert etiam partem bonorum filii intestati detractam agnatis, à quibus antea in totum excludebatur. Vicissim prægravat, quia licèt mater habeat jus liberorum; tamen agnatis proximis ultra consanguineos, patruo scilicet ejusque filio & nepoti non ulterioribus, pari beneficio defert tertiam portionem detractam matri, quæ ex Senatusconsulto totum sola habitura fuisset. Eodem pertinet *l. 2. d. tit.* Gravabatur etiam mater jus liberorum habens, si thorum priorem secundo mutasset amplexu, proprietate ipsi adempta rerum filii defuncti paternarum; *l. pen d. tit.*

In alios contrarium faciebat] Hoc est: ut illic detrahebant matri liberis honoratæ trientem, quem adspergebant agnatis; ita hic contrarium faciebant, trientemque detrahebant agnatis, quem adspergebant matri jure liberorum non honoratæ.

Matrem omnibus legitimis, & sine ulla deminutione] Matres omnes jure liberorum honestantur; *l. ult. C. de jur. lib.* Ex quo secundùm sententiam Senatusconsulti Tertylliani mater, sive tes peperisset sive non, agnatis omnibus secundo gradu remotioribus simpliciter præferenda fuerat, nisi obstitissent Constitutiones, quibus jus matris liberis honestatæ minuebatur agnatis, quos diximus, admissis in partem tertiam: quas Constitutiones Justinianus hic abrogat, matrem omnibus agnatis sine ulla deminutione anteponens.

Excepta fratris & sororis persona, sive consanguinei, &c.] In Tertylliano fratres consanguinei matrem excludebant; mater uterinos; soror consanguinea cum matre pariter admittebatur. Justinianus etiam cum fratribus consanguineis matrem admisit, & cum matre etiam uterinos; *l. ult. C. hoc tit.*

Quemadmodum eam toti alii legitimo ordini] Cum in eum modum jura matrum beneficio Justiniani aucta sint, ut legitimis omnibus præter fratres in totum exclusis, etiamsi ter non peperint, solæ succedant; ut cum consanguineis defuncti fratribus, à quibus antea excludebantur; quantumvis jus liberorum haberent, nunc admittantur, etiamsi non habeant: putavit Imperator, matres haud iniquo animo pati debere, si uno in casu vicissim jus ipsarum minueret, & fratrum sororumque hactenus augeret, ut cum ipsa admitteret & uterinos.

Ita tamen, ut si quidem solæ sorores] Quæ sequuntur pertinent ad modum succedendi, sive rationem distribuendæ hæreditatis inter matrem defuncti ejusque fratres & sorores. Constituit autem: Ut si cum matre concurrant sorores solæ, sive consanguineæ sive uterinæ, duo semisse fiant quorum unum mater; alterum sorores capiant: sin fratres, sive soli sive etiam cum sororibus, in capita hæreditas dividatur, torque partes fiant; quot sunt personæ succedentium; *d. l. ult. C. hoc tit.* Hæc iterum mutata sunt *Nov. 118.* qua fratres & sorores omnes ex uno tantùm latere defuncto conjuncti tam à matre, quàm à fratribus utrinque conjunctis excluduntur; mater cum his ex æquis partibus succedit.

TEXTUS.

De tutore liberis petendo.

6. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus; ita eas oportet suæ soboli consulere: scituris eis, quod si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti, vel excusati intra annum petere neglexerint; ab eorum impuberum morientium successione meritò repellentur.

NOTÆ.

6. Si Tutores non petierint] Matri onus tutelæ impositum non est, sed tutores petendi, quòd si petere neglexeris, repellitur à legitima filii hæreditate; *l. 2. §. 1. & 2. qui pet. tut. l. 2. §. si mater 23. & seq. hoc tit.* quod etiam hodie adhuc obtinet, nisi ipsa administrationem suscipiat, quod matri concessum; *Nov. 118. c. 5.*

Intra

Intra annum] Ex Constitutione D. Severi confestim petere debet; *l. 2. §. 1. qui pet. tut. leg. 2. §. 23. hoc tit.* id est, ubi primùm Prætoris copiam habuit huic rei sedentis; *d. leg. 2. §. 43. hoc tit.* ubi Græci, *Huic rei sedentis*, τυχόντι τῷ δικάζοντι τῶν πραγμάτων. Sed usque ad annum excusabatur ex magna causa; *d. l. 2. §. 43.* & sic accipe *l. 10. C. de l. hær.*

Impuberum morientium] Disertè *impuberum, ut & in dict. l. 10. Cod. de leg. hær.* nam si puberes moriantur; mater ab eorum hæreditate non excluditur; *l. 3. Codic. hoc tit.* Nec qui filio puberi curatorem non petiit excluditur; *dict. leg. 2. §. 29.* αὐτὸς γὰρ ἑαυτῷ αἰτεῖ. Modestin. *leg. 2. §. 5. qui pet. tut. l. 6. Cod. eod.*

COMMENTARIUS.

ITa eas oportet suæ soboli consulere] Matri onus tutelæ impositum non est: quia virile munus est, tutelam gerere; at petendi tutores negotium injunctum, quod maternæ pietati maximè convenit. Quòd si petere neglexerit; ut indigna à legitima hæreditate filii repellitur; *l. 2. §. 1. & 2. qui pet. tut. leg. 2. §. si mater 23. & multis seq. hoc tit.* ubi hic locus fusè explicatur.

Non petierint, vel in locum remoti] Si mater, inquit Ulpian. non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis rejectisve, non confestim aliorum nomina ediderit jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum; *d. l. 2. §. si matern. hoc tit.* Idque etiam hodie adhuc obtinebit, si mater nec tutorem petat, nec ipsa administrationem tutelæ suscipiat: quod matri concessum; *Nov. 118. cap. 5.* Sed hæc moribus obliterata; *Christin. volum. 4. decis. 63. numero 7.*

Intra annum] Quid ergo, si intra annum pupillus moriatur non petito tutore? an tum mater excusabitur à pœna? Non puto: quia requiritur, ut petat confestim, ubi primùm potuit, id est, Prætoris copiam habuit huic rei sedentis; *d. l. 2. §. si mater & §. confestim 43.* ubi Græci, *hujus rei sedentis*. τυχόντι τῷ δικάζοντι τῶν πραγμάτων. Quod verò hic dicitur, *& in l. 10. C. de legit. hær.* Si intra annum non petierit; sic accipio: ut nullo modo post annale spatium excusetur; nec si magnam causam non petendi habuerit, quæ usque ad annum eam excusaret; *per dict. leg. 2. §. confestim.*

Impuberum morientium] Ex contrario ergo si puberes moriantur, quibus tutor penitùs non est; mater ab eorum hæreditate non excludetur; quod & disertè rescriptum est in *leg. 3. C. hoc tit.* & ideò *in d. leg. 10. Cod. de legitima hær.* expressè additur hæc restrictio, si impuberes moriantur. Quippe credendum, puberem, qui testamentum facere poterat, intestato mori malentem, ultro matri injuriam remittere, & tacitè velle ad matrem legitimam hæreditatem pertinere; *per l. 8. §. 1. de jur. eod.*

TEXTUS.

De vulgò quæsitis.

7. *Licèt autem vulgò quæsitus sit filius filiave; potest tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano Senatusconsulto admitti.*

COMMENTARIUS.

QUemadmodum mater à Prætore admittitur ad liberorum etiam vulgò quæsitorum bonorum possessionem: & vicissim liberi etiam vulgò quæsiti ad bonorum possessionem matris ex capite Unde proximi cognati; *l. 2. matris de cognat.* ita & mater ex Senatusconsulto Tertylliano admittitur ad legitimam hæreditatem filii filiæve, tam eorum qui vulgò quæsiti sunt, quàm qui procreati ex justis nuptiis, *l. 2. §. 1. hoc tit.* Et contra etiam vulgò quæsiti ex Orficiano admittuntur ad legitimam hæreditatem matris; *leg. 1. §. 2. eod. §. pen. tit. seq.* Nimirum mater semper certa est, & in his Senatusconsultis matris & filiorum personæ naturaliter designantur; *l. 7. de cap. minut.* cumque vulgò quæsiti patrem non habere intelligantur, à quo sunt agnationis & familiæ jura; nemo est, qui matri jure consanguinitatis aut agnationis hic objici possit; *l. 4. jund. cogn.* Atque hoc jure etiamnum utimur, add. quæ sub *§. 3. seq. tit.*

TITULUS IV.
DE SENATUSCONSULTO ORFICIANO.

Dig. Lib. 38. tit. 17. C. Lib. 6. tit. 57.

TEXTUS.

Origo & summa Senatusconsulti.

4. *Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur ex Senatusconsulto Orficiano; quod Orficio & Rufo Consulibus effectum est Divi Marci temporibus: & data est tam filio, quàm filiæ legitima hæreditas, etiamsi alieno juri subjecti sint, & præferuntur consanguineis & adgnatis defunctæ matris.*

NOTÆ.

Tam filio, quàm filiæ] Lege duodecim tab. non magis liberi matri, quàm illa liberis ab intestato succedebat, *tit. præc. in pr.* Cæterum cùm placitum esset, ut mater ad legitimam hæreditatem filii & filiæ vocaretur; æquum erat, ut & hi vicissim idem juris consequerentur in bonis maternis.

Alieno juri subjecti] *l. pen. hoc tit.* ut & mater filiafam. admittitur; *§. 2. tit. præc.*

COMMENTARIUS.

Lege duodecim tabularum nec mater liberis, nec liberi matri ab intestato succedebant: nam duo dumtaxat genera lex agnoscebat; suos hæredes & agnatos; cujusmodi nec mater liberis, nec illi matri sunt ut dictum supra est *in pr. præc. tit.* Cæterùm cùm placitum esset, hoc dare natura conjunctioni, ut mater vocaretur ad legitimam successionem filii & filiæ; æquum erat, ut retro tantumdem etiam concederetur liberis: ut scilicet & hi vicissim jus legitimæ successionis consequerentur in bonis matris: cùm ideò liberorum conditio in causa successionis etiam potior esse debeat propter naturæ simul & parentum commune votum; *l. 7. § 1. unde lib.* Id effectum est Senatusconsulto Orficiano viginti fermè annis posteà, quàm matri legitima hæreditas delata fuerat Senatusconsulto Tertylliano, ut ex Fastis colligitur. Cur matri tanto tempore ante consultum fuerit, quàm liberis: causam ignorare me fateor.

Orficio Rufo Coss. D. Marci temporibus] In imperio Marci Antonini Philosophi & Commodi notantur hi Consules; Vettius, seu ut alii Velius Rufus & Corn. Scipio Orfitus, anno ab urbe condita 930. qui vigesimus est à consulatu Flavii Tertylli, à quo Senatusconsultum Tertyllianum. *Lamprid. in Commod. Onuphr. in fast.* Moris erat illis temporibus, ut ex Imperatorum orationibus vel epistolis in curia recitatis, quasi in eorum sententiam Senatusconsulta fierent: unde sæpè eamdem rem Senatusconsultis tribui & orationibus videmus; quemadmodum etiam in proposito Gajus *l. pen. hoc tit.* oratione D. Marci (quem appellatione sacratissimi Principis designat) cautum scribit: Ut matris intestatæ hæreditas ad liberos pertineat.

Etiamsi alieno juri subjecti] *d. l. pen.* uti ex contrario quoque mater, licet in potestate patris sit, admittitur ad bona liberorum. Et ergo uti mater filiaf. ita & hi liberi jussu patri adibunt; *§. postea 2. tit. præc.* Matrem autem, de cujus successione quæritur, sui juris fuisse cùm moreretur oportet: alioqui si jus illorum temporum spectamus; hæredem ab intestato habere non potuit. Planè hodie post *Nov. 118.* etiam filii & filiæfam. intestati hæredes habent in adventitiis; quorum ipsis concessa proprietas.

Et præferuntur consanguinei] Filius & filia ex Orficiano pleniore jure vocantur ad hæreditatem matris, quàm ipsa ad illorum ex Tertylliano illi enim vocantur cum prærogativa ante omnes, non modò adgnatos, quos etiam in Tertylliano mater excludit, verùm etiam ante defunctæ matris fratres consanguineos, cùm in Tertylliano consanguinei defuncti præferantur matri; & quamvis v. c. ex duobus filiis alter adjerit, alter repudiaverit hæreditatem matris: tamen ad consanguineum aut agnatum defunctæ proximum pars repudiata non pertinet, sed accrescit alteri filio; *l. 1. §. sed si nemo 9. hoc tit.*

TEXTUS.

De nepote & nepte.

1. *Sed cum ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ad aviæ successionem legitimo jure non vocarentur; postea hoc Constitutionibus Principalibus emendatum est: Ut ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.*

NOTÆ.

1. *Nepotes & neptes non vocarentur*] Quemadmodum nec avia ex SCto. Tertylliano; *§. 2. præc. tit.* Quod autem Modest. *l. 8. unde cogn.* respondet; Nepotes ad aviæ bona admitti, ad edictum Prætoris *Unde cognati* pertinet.

COMMENTARIUS.

Utrumque Senatusconsultorum & Tertyllianum & Orficianum reverentia quadam juris.

tris veteris in primo gradu cognationis substitit: atque ut Tertyllianum soli matri filiorum & filiarum detulit hæreditatem; aviam ad hæreditatem nepotum neptumve non admisit: sic Orficianum similiter filios dumtaxat & filias vocavit ad successionem matris; non etiam nepotes & neptes ad successionem aviæ. Nam quod Modestinus l. 8. *unde cogn.* respondet: Nepotes, atque adeò etiam vulgò quæsitos, ad aviæ bona ab intestato admitti; ad edictum Prætoris pertinet, quo, deficientibus legitimis, ad bonorum possessionem vocantur proximi cognati.

Constitutionibus Principalibus] Principes Valentinianus, Theodosius, & Arcadius etiam nepotes & neptes vocarunt ad legitimam successionem aviæ, *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* ut tamen tertia parte minus acciperent, quàm pater eorum vel mater habituri fuissent. De quo diximus ad *§. ult. sup. de hær. quæ ab intest.* Novissimo jure in successione ab intestato descendentes omnes æquale jus habent, nec sexus, suitatis, aut agnationis ulla ampliùs prærogativa est. *Nov. 118.*

TEXTUS.

De capitis diminutione.

2. *Sciendum autem est, hujusmodi successiones, quæ ex Tertylliano & Orficiano Senatusconsultis deferuntur, capitis deminutione non perimi propter illam regulam, qua novæ hæreditates legitimæ capitis deminutione non pereunt: sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.*

NOTÆ.

2. *Capitis deminutione non perimi*] Scil. minima, quæ salva civitate contingit: nam amissa libertate aut civitate; de successione quæri non potest; *l. 1. §. 8. hoc tit.*

Regulam, qua novæ hæreditates] *l. 7. de cap. min. l. 11. de suis & legit.* Rationem reddit Paul. *d. l. 7.* Quia novis legibus & hisce SCtis personæ succedentium naturali nomine, puta matris & filii designantur: secus atque lege 12. tab. qua vocantur sui hæredes & adgnati; quæ nomina sunt civilia & qualitates, quæ capitis deminutione pereunt; *§. ult. sup. de leg. agn. tut.*

COMMENTARIUS.

REgula juris est; Novas hæreditates legitimas capitis deminutione non perimi; l. 7. *de cap. min. l. 12. de suis & legit. l. 1. §. capitis 8. hoc tit.* Novas hæreditates appellat, quæ novo jure post legem 12. tab. deferuntur vel ex constitutionibus vel ex Senatusconsultis; *dd. ll. & l. 3. in fin. de hæred. pet.* Capitis autem deminutionem minimam intelligi, manifestum est; scilicet quæ contingit salva civitate: nam libertate aut civitate amissa; de successione quæri non potest; *d. l. 1. §. capitis.* Hujus regulæ rationē hanc Paulus affert; *d. l. 7. de cap. min.* Quòd novis legibus & hisce Senatusconsultis hæreditates sic deferantur, ut personæ naturaliter designentur, id est, nomine naturali, puta matris aut filii filiæve; quæ nomina, ut naturalia sunt, ita post capitis deminutionem adhuc manent.

Illæ solæ quæ ex lege duodecim tab] Propterea quod lege 12. tab. hæreditas sic defertur; ut personæ designentur civiliter, id est, civili nomine; suorum scilicet hæredum & agnatorum; quæ nomina, cùm civilia sint, minima quoque capitis deminutione pereunt; *§. ult. sup. de leg. agn. tut.*

TEXTUS.

De vulgò quæsitis.

3. *Novissimè sciendum est; etiam illos liberos, qui vulgò quæsiti sunt, ad matris hæreditatem ex Senatusconsulto admitti.*

NOTÆ.

3. *Qui vulgò quæsiti*] Et hi matri quoque succedunt simul cum liberis legitimis; nisi mater sit illustris, & legitimam sobolem habeat: nati autē ex concubinatu (sc. licito, μὴ ἐξ ἀθεμιτογαμίας) pariter cum legitimis admittuntur etiam ad matris illustris successionem, *l. pen. Cod. hoc tit.* Nimirum mater semper certa est; & in his SCtis personæ naturaliter designantur.

COMMENTARIUS.

1 *Ex concubina natos meliore conditione esse, quàm vulgò quæsitos; & hos quàm natos ex damnato coitu.*

2 *Quid moribus hic receptum.*

SIcut mater ex Tertylliano succedit liberis etiam vulgò quæsitis; ita vicissim & vulgò quæsiti matri succedunt ex Orficiano; *l. 1. §. 2. hoc tit.* propter rationem, quam paulò ante indicavi, & sub *§. ult. præc. tit.* Succedunt autem matri non tantùm cum soli sunt, sed simul etiam cum liberis ex justo matrimonio procreatis; nisi mater illustris sit, cui spurii non aliter ex Constitutione Justiniani succedunt, quàm si legitima soboles deficit, ne stirpis claritudo ista labe & memoria maternæ infamiæ dedecoretur; *l. pen. Cod. eod.* Sed & præteriti de inofficioso matris testamento dicere possunt; *l. si suspecta 29. §. de inof. test.* Inter patrem verò & spurios jus idem mutuę successio- 1
nis non est. Porrò sciendum est: liberos naturales, id est, natos ex concubina, paulò meliore conditione esse, quàm spurios seu vulgò quæsitos, sive de successione matris quæratur sive de successione patris; & utrosque meliores, quàm natos ex complexu damnato incestove. Naturales seu nati ex concubinatu admittuntur unà cum legitimis ad matris etiam illustris & per matrem adscendentium successionem; *d. l. pen. C. hoc tit.* Denique & patri naturali ex jure novissimo in duas

uncias

uncias unà cum matre dividendas succedunt; nisi ille liberos legitimos vel uxorem reliquerit, quo casu alimentis contentos esse oportet; *Nov. 89. cap. 12. unde auth. licet, Cod. de nat. lib.* quorum neutrum pertinet ad τεκνοφόνες. Ex incesto aut damnato legibus coitu procreati nihil ne ex matris quidem successione capiunt; ac ne alimenta quidem petendi jus habent; *d. Nov. 89. c. ult. Nov. 74. cap. ult. auth. ex complexu, C. de incest. nupt.* quem tamen rigorem mitigavit æquitas juris Canonici; *cap. cum haberet, in fin. de eo qui duxit in uxor. quam adult. poll.* Sanè nec putarem jus civile refragari, quominùs Magistratus ex officio liberis hujusmodi aliàs fame perituris alimenta jubeat subministrari: nam & pater, licèt incestuosus & impius, colendus est, quia pater est; *Nov. 12. cap. 2. vid. Palæott. de noth. & spur. cap. 41. cum seqq. Gail. 2. obs. 115. Christin. vol. 1. decis. 198. & vol. 4. decis. 64.* Mores hac in parte nonnihil à jure Romano discesserunt. D. Gudelinus *lib. 2. de jure noviss. cap. 13. in fin.* scribit: Moribus plerarumque regionum liberos naturales, seu natos ex illegitima conjunctione, ne ad matris quidem aut parentum maternorum bona admitti, & nullibi in his provinciis ad duas uncias hæreditatis paternæ: quod posterius etiam tradit *Vrames. cent. 1. conf. 42.* & post eum *D. Tulden. comm. in tit. 1. hujus lib. cap. 11.* Apud nos naturales nec non ex his descendentes, non tantùm matri reliquisque maternæ lineæ parentibus vel in totum vel ex parte succedunt, sed liberis quoque per matrem conjunctis personis: quoniam respectu matris in causa successionis illegitimi idem juris quod legitimi habent, extra quam si nati sint ex vetito aut nefario complexu, qui cum sobole sua ab omni successione remoti. Et vicissim materni naturalibus in partem dimidiam succedunt; videlicet matre mortua: partem autem alteram fiscus occupat tamquam vacantem. Quòd si mater adhuc vivat; universa hæreditas ad fiscum devolvitur; quemadmodum & universa devoluta fuisset ad paternos, si defunctus legitimè procreatus fuisset. Eorum, qui nati sunt ἐξ ἀθεμιτογαμίας, ex damnato & punibili legibus coitu, (quos vocamus *over vvonem bastarts*) hæreditatem fiscus sine distinctione totam sibi vendicat; quasi eorum, qui destituti sint omni cognatione & tam materna, quàm paterna propter admissum à parentibus nefas; *vid. Grot. lib. 1. manuduct. cap. 28. in fin. & cap. 31.* ubi & juxta quædam singularia commemorat concessa quibusdam civitatibus.

TEXTUS.

De jure accrescendi inter legitimos hæredes.

4. *Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte, vel alia causa impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio: & licèt ante decesserint; ad heredes tamen eorum pertinet.*

NOTÆ.

4. *Si ex pluribus legitimis hæredib.*] Ex Marciano; *l. 9. de suis & leg. hær.*

Licèt ante decesserint] Antequàm ipsis accresceret: quod disertè expressit Marcian. *d. l. 9.* Cæterum postquàm ipsi adierint.

COMMENTARIUS.

Hic locus continet doctrinam omnibus legitimis successionibus communem; nempe si plures sint ejusdem ordinis & gradus, qui simul ad successionem vocentur, & eorum aliqui defecerint; portionem illorum cæteris, qui adierint, accrescere. Ex quo discimus, jus accrescendi non modò locum habere inter hæredes testamentarios, verùm etiam inter legitimos, sive sui sint, sive alterius generis hæredes. Quòd si nullus eorum, qui pari gradu & proximi sunt, adierit, sequentibus ejusdem ordinis hæreditatem deferri docemur, *§. pen. sup. de leg. agn. succ.*

Reliquis, qui adierint, accrescit] *L. 1. §. si nemo 9. hoc tit. l. 9. de suis & legit.* unde totus hic locus descriptus est. Ratio est, quia nemo hæredem pro parte habere potest, aut diversi generis successores, puta hæredem legitimum & fiscum, *sup. de hær. inst. §. 5. l. 1. de acq. hær. l. 20. C. de jur. del.* Illa autem ratio, Quòd nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, adæquata non est, sed particularis, ubi ex pluribus testamento institutis alii adeunt, alii omittunt, aut pars aliqua vacat.

Licèt ante decesserint] His verbis non hoc significat Imperator, Portionem hæreditatis, quæ uni ex legitimis hæredibus delata sit, mortuo eo antequàm hæreditatem adeat, ad hæredes ejus pertinere, iisque portionem deficientium accrescere, certum enim est, hæreditatem non aditam non transmitti, *l. unic. §. 5. C. de cad. toll.* portionem autem accrescere portioni, *leg. si Titio 33. in fin. de usufr.* ut proinde nihil hæredibus illius legitimi hæredis, qui non adiit, accrescere possit. Sed si decesserit, antequàm ipsi accresceret, quod disertè expressit Marcian. *d. l. 9. de suis & leg.* hoc est, si decesserit postea quidem quàm portionem sibi ab initio delatam adeundo vel pro hærede gerendo acquisivisset, sed antequàm cohæredes deficerent, eorumque portio ipsi deferretur & accresceret: planè ad suos hæredes, qui ipso jure sine aditione hæredes existunt, *l. 14. de suis & legit.* & qui ex lege Theodosii hereditatem non aditam transmittunt, *l. un. C. de his qui ant. ap. tab.* pars deficientis quoquo modo pertinebit.

TITU-

TITULUS V.
DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

TEXTUS.

Tertius ordo succedentium ab intestato.

Post suos hæredes eosque, quos inter suos hæredes Prætor & Constitutiones vocant, & post legitimos (quorum numero sunt adgnati & hi, quos in locum adgnatorum tam supradicta Senatusconsulta, quàm nostra erexit Constitutio) proximos cognatos Prætor vocat.

NOTÆ.

Prætor vocat] Ad bonorum scilicet possessionem: nam cognati hæredes jure civili non fiunt. *Vid. inf. comm.*

COMMENTARIUS.

Lex antiqua duodecim tabularum duos rantùm hæredum ab intestato ordines fecit; suorum & agnatorum. Novæ leges & Senatusconsulta non addiderunt quidem ordinem novum, sed personas quasdam, quæ nec sui hæredes nec agnati revera sunt, suorum hæredum & agnatorum numero esse voluerunt; atque in ordine suorum vel agnatorum unà cum verè suis hæredibus aut agnatis ad hæreditatem intestati admitti. Inter suos hæredes novæ leges numerant, suisque per omnia exæquant liberos legitimatos; §. 2. *sup. de hær. ab int.* Inter eosdem quoque, & simul cum iis vocant nepotes & pronepotes ex sexu fœmineo, §. *ult. d. tit.* In agnatorum ordinem Senatusconsulta transtulerunt matrem & liberos. Justinianus fratres & sorores uterinos, eorumque & sororum consanguinearum filios & filias; §. 4. *sup. de l. agn. success. l. pen.* §. 1. *C. de leg. hær.* Anastasius fratres & sorores emancipatos; §. 1. *inf. hoc tit.* Prætor verò tres succedentium ab intestato ordines fecit: primum liberorum: (non dixit *Suorum*; quia ex liberis vocat etiam non suos) alterum legitimorum, in quo vocantur agnati & jura agnationis habentes ex posterioribus legibus, aut ex Senatusconsultis; *l. 2.* §. *ult. & l. seq unde legit.* tertium cognatorum, in quo admisit omnes, quos sola sanguinis ratio vocat ad hæreditatem, licèt jure civili deficiant; *l. 1. in pr. l. 2. unde cogn.* item eos, qui quòd prioribus ordinibus exclusi essent, ex nullo alio capite venire poterant; *l. 5. d. tit.* §. 1. *infr. hoc tit.* Tandem Justinianus cognatos omnes etiam hæredes legitimos fecit, adempta agnatis omni prærogativa; *Nov.* 118.

Proximos cognatos Prætor vocat] In hoc ordine qui ad successionem vocantur, videlicet cognati, jure civili hæredes non fiunt; sed jure prætorio bonorum possessores: ac proinde pertinent ad *tit. de bon. poss. infr.* Possunt tamen etiam hoc loco considerari, quia Prætor bonorum possessores pro hæredibus habet, & vi ipsa hæredes facit. Post *Nov.* 118. cognati jure civili succedunt, ut non magis quàm agnati Prætoris auxilio indigeant.

TEXTUS.

Qui dicantur in hoc ordine. De agnatis capite minutis.

1 *Qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam adgnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed à Prætore tertio ordine vocantur; exceptis solis tantummodò fratre & sorore emancipatis, non etiam liberis eorum: quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hæreditatem, sive sororis; non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, quam facilè est ex ipsius Constitutionis verbis intelligere. Aliis verò adgnatis inferioris gradus licèt capitis deminutionem passi non sunt, tamen anteponit eos, & procul dubio cognatis.*

NOTÆ.

1 *Adgnati capite deminuti*] Id est, minimam capitis deminutionem passi, emancipati aut adrogati: media enim aut maxima capitis deminutio jus omne successionis tollit; *l. 1. 8. ad SC. Tert. l. 1. C. de hær. inst.*

Lex Anastasiana] Hæc posita non est in Codice repetitæ prælectionis, propter *l. ult. C. de leg. hær.* vestigium *l. 4. C. de l. tut.*

Cum aliqua deminutione] Ut fratres integri juris duplum acciperent, si fides Theophilo. Justinianus autem *d. l. ult* emancipatos cum reliquis fratribus succedere voluit sine ulla deminutione; eorumque etiam filiis ac filiabus jus legitimæ successionis dedit.

COMMENTARIUS.

Porrò jam declarare instituit Imperator: Quinam illi sint, quos Prætor in ordine tertio proximitatis nomine vocat: & ad extremum successionem eorum determinat. Revocemus illos ad tres classes: Primum in eo numero ponit agnatos capite minutos; id est, minimam capitis deminutionem passos: nam media & maxima capitis

tis deminutione interveniente jus omnes successionis tollitur, *l. 1. C. de hær. inst.* Igitur ut capite deminuti, hoc est, emancipati aut adrogati amittebant jus agnationis & legitimæ hæreditatis, quæ lege 12 tab. deferebatur; ita nec Prætor his dabat bonorum possessionem jure hæredum legitimorum *l. 5. unde cogn. l. 1. unde legit.* Cæterum quia jura naturalis cognationis & sanguinis minima capitis deminutione non pereunt, sed post eam salva adhuc & integra manent; *§. ult. sup. de l. agn. tut. l. 8. de reg. jur.* Prætor, qui tertia edicti parte, qua scilicet proximos cognatos vocat, tantùm naturalem sanguinis conjunctionem spectavit; eadem parte rectè etiam admisit capite minutos, scilicet post suos & legitimos; *l. 1. unde l. d. l. 5. unde cogn.* Ut ecce: Frater emancipatus ad fratris sui hæreditatem jure civili propter capitis deminutionem non vocabatur, neque solus neque cum fratribus integri capitis; unde nec jure honorario venire poterat ad bonorum possessionem ex edicto Unde legitimi: sed tertio demum loco admittebatur jure cognationis naturalis, quod capitis deminutione non perimitur.

Exceptis fratre & sorore emancipatis, & quos lex Anastasiana] Hæc lex Anastasii desideratur. Inserta fine dubio fuit priori Codici, quoniam hic legenda nobis commendatur: sed in Codice repetitæ prælectionis posita non est propter *l. ult. C. de leg. hered.* ut opinor, qua pleniùs fratribus & sororibus emancipatis consulitur, & eorum quoque filiis ac filiabus jus legitimæ successionis datur. Anastasius enim solos fratres & sorores emancipatos vocaverat, & cum patris aliqua deminutione; nimirum ut fratres integri juris altero tanto amplius consequerentur, si fides Theophilo. Justinianus verò emancipatos cum reliquis fratribus succedere voluit æquo jure & sine ulla deminutione: *d. l. ult. §. 1. & 3.* Itaque hic etiam *§. per d. l. ult.* correctus est: quippe quam post Institutiones jam compositas & editas promulgatam esse apparet ex eo, quòd Imp. in ipsa lege mentionem institutionum facit. Vestigium legis Anastasianæ extat *in l. 4. C. de l. tut.*

Aliis verò adgnatis, &c. anteponit eos, & procul dubio cognatis] Hoc expeditiùs procedit post *Nov. 118.* Pertinent etiam ad hanc classem, qui in adoptionem dati sunt à patre, aut qui cum sui juris essent, se adrogari siverunt: nam & isti jus agnationis ita amittunt, ut cognationis jus in familia naturali erga omnes retineant ac propterea etiam tertio hoc capite à Prætore vocantur; *l. 1. §. 4. unde cogn.*

TEXTUS.

De conjunctis per fœminas.

2. *Eos etiam, qui per fœminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine Prætor ad successionem vocat.*

NOTÆ.

2. *Ex transverso*] Additum, quia qui sunt in linea recta; in secundo ordine à Prætore vocantur, utpotè jus legitimorum hæredum habentes ex SCtis aut Constitutionibus.

Proximitatis nomine] Hoc nomine propriè cognatio significatur: agnati enim, & qui legitimum jus habent, licèt gradu remotiores, ordine potiores sunt omnibus cognatis; *l. 3. l. 4. unde cogn. l. 8. de suis & l. §. pen. & ult. inf. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

HÆc secunda classis est eorum, qui à Prætore vocantur gradu seu ordine tertio; nimirum qui per muliebrem sexum ex transversa cognationis linea conjuncti sunt, quique agnationis jus quippè quod à patre oritur, numquam habuerunt *l. 2. & l. 4. unde cogn.* Ait autem disertè *Ex transverso*: quia qui sunt in linea recta; eos secundo capite Prætor vocat: quoniam his jus legitimorum hæredum competit ex Senatusconsultis & Constitutionibus; de quibus actum est superiùs.

Proximitatis nomine] Id est, cognatos: *l. 3. d. t. 4. unde cogn. l. 8. de suis & l. §. pen. & ult. inf. eod.* In cognatione enim sola proximitas spectatur; agnati verò licèt gradu remotiores ordine tamen potiores sunt omnibus cognatis, qui jus legitimum non habent. Sed hodie potiores non sunt; ut sæpè dictum est.

TEXTUS.

De liberis datis in adoptionem.

3. *Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hæreditatem hoc eodem gradu vocantur.*

COMMENTARIUS.

LIberi in adoptionem dati jus cognationis in familia naturali retinent; *l. 1. §. 4. unde cognati.* Pertinent autem hi ad primam classem; eorum scilicet, qui jus agnationis per capitis deminutionem amiserunt; ut notavimus in fine *§. 1. hoc tit.* Quòd si ab adoptivo patre emancipati fuerint vivo adhuc patre naturali; recipiunt gradum liberorum; *l. 4. unde lib.* & perinde admittuntur ad bona patris naturalis, ac si ab ipso emancipati essent, nec unquam fuissent in familia adoptiva; ut scilicet jam ex prima parte edicti veniant, quæ Prætor liberos vocat; *§. at hi. 10. junct. §. admonendi, sup. de hær. quæ ab intest. inf.*

TEXTUS.

De vulgò quæsitis.

4. *Vulgò quæsitos nullos habere adgnatos manifestum est : quum adgnatio à patre sit, cognatio à matre : hi autem nullum patrem habere intelligantur. Eadem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse; quia consanguinitatis jus species est adgnationis. Tantum ergo cognati sunt sibi, sicut & matri cognati sunt. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.*

NOTÆ.

4. *Nullos habere adgnatos*] Quia adgnationis jus à patre oritur, quem nullum habent vulgò concepti, *d. l. 4. unde cogn. l. 23. de stat. hom.* Sed nec concubina nati jus adgnationis in familia patris habent, *l. 24. d. tit.* Imò ne cognationis quidem in causa successionis ab intestato, extra casum auth. *licet, C. de nat. lib.*

Sicut & matri cognati] Leg. ut vet. cod. *ex matre magnati*. Th. ἀπὸ μητρός.

COMMENTARIUS.

1 *Non magis natos ex concubina quàm vulgò quæsitos jus agnationis habere.*
2 *Naturales & spurios ex eadem matre editos & inter se & cùm aliis per matrem conjunctis jus cognatorum habere : ex patris tantùm latere junctos non item.*
3 *Natos ex damnato legibus coitu omnis successionis esse expertes.*

IN tertia classe eorum, qui nomine proximitatis vocantur, sunt vulgò quæsiti : & ipsi inter se & cum aliis per matrem à latere conjunctis jus cognationis habent. Ajo, à latere : quoniam inter matrem ipsam & liberos, licèt vulgò quæsiti sint, etiam legitimæ hæreditatis capiendæ ultro citroque jus est ex Senatusconsultis & Constitutionibus. Post *Nev.* 118 idem jus successionis inter se habent, quod parentes & liberi legitimi.

Nullos habere adgnatos] Ad spurium nullius hæreditas; & ad nullum hæreditas spurii jure
1 agnationis pertinere potest : quoniam agnationis
jus à patre oritur, quem nullum habere intelliguntur, qui vulgò concepti sunt, *l. 4. unde cogn. junct. l. cum legitimæ 19. l. vulgo 23. de stat. hom.* Sed nec natorum ex concubina hæreditas ad ullum jure agnationis pertinet : quia etsi patrem demonstrare possint, jura tamen agnationis in familia patris non habent, quippè quæ nemo ex naturalibus liberis consequitur, nisi qui ex legitimo matrimonio natus est, cæteri omnes matrem sequuntur, *d. l. 19. l. lex 24. de stat. hom. Forster. tract. de hær. quæ ab int. circa fin. lib. 1.*

Ne inter se quidem possunt videri consanguinei] Argumentum à remotione generis ad remotionem speciei. Si vulgò quæsiti non sunt inter se agnati; nec erunt inter se consanguinei : quoniam consanguinitas est species agnationis. Etenim agnati omnes sunt, qui per virilem sexum conjunguntur : consanguinei soli fratres & sorores eodem patre nati. Quare si jure agnationis hæreditas ad vulgò quæsitos pertinere non potest, nec poterit jure consanguinitatis, *l. 4. unde cogn.* Ex hoc autem loco apparet, consanguineitatem non esse ordinem per se, sed gradum in ordine agnatorum. Qua de re abundè supra *de leg. agn. succ.*

Cognati sunt sibi, sicut & matri] *L. 4. §. 2. de grad. & affin. l. 2. unde cogn.* An igitur liberi extra nuptias concepti, sive vulgò sive ex concubina, matri tantùm & maternis cognati sunt, non etiam patri & paternis? Sunt sanè : & naturalis hæc cognatio obstat, quominùs pater filiam, frater
sororem vulgò quæsitam uxores ducere possint, 2
l. 14. §. 2. l. & nihil 54. de rit. nup. Cæterùm in causa successionis ratione patris jus cognationis nec inter se, nec cum patre, aut conjunctis per patrem habent; quantumvis nati sint ex concubina; quamquam hos Justinianus patri succedere voluit in duas uncias, si nulli liberi legitimi nec uxor supersit, *auth. licèt, C. de natur. lib.* quod tamen in his regionibus non observari monuimus sub §. *pen. superioris tit.* Sic ergo habeto : Fratres naturales & spurii ex diversis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec sibi invicem, nec legitimis genitorum liberis aliisve per patrem conjunctis succedunt. Contra verò etiam fratres illegitimi, sive ex concubina sive vulgò nati, ex eadem tamen matre licèt diversis patribus geniti invicem sibi jure cognationis succedunt, & item per matrem à latere conjuncti, & hi vicissim illis, *d. l. 1. unde cognat. & hoc text.* dum tamen ex eo
complexu orti non sint, qui jure accusari & pu- 3
niri queat. Nam ex damnato & secundùm leges, ut loquuntur, punibili coitu nati omnis successionis, sive paternæ sive maternæ, tam ex testamento quàm ab intestato, penitus sunt incapaces; nec ullum vel cognationis jus cum patre matreve, (quod est extra controversiam) nec inter se ipsi, aut cum aliis per patrem matremve à latere conjunctis habent. Quippe cujusmodi sobolem nec liberorum nomine censendam, nec eam ex qua nati appellatione matris Justinianus constituit : proinde nec fraternitatis inter illos necessitudo esse videtur, quæ faciat successioni locum. Per *c. ult. Nov. 74. & c. ult. Nov. 89* Glossa comm. approbata *in l. ult. C. de natural. lib. Cagnol. in l. pen. Cod. ad Senatusconf. Orfic. Palaot. de noth. & spur. cap. 43. Forster. tit. de success. eor. qui ex damnat. coit. conclus. 5. Anton. Fab. Cod. suo. lib. 6. tit. 33. decis. 3. 7. & 8. Fachin. 6. cent. 10. Diff. Christ. vol. 1. decis. 198. & ibi citati.* De jure patrio dixi sup. §. *pen. præc. tit.*

TEXTUS.

Ex quoto gradu vel agnati vel cognati succedunt.

5. *Hoc loco & illud necessariò admonendi sumus, adgnationis quidem jure admitti aliquem ad hæreditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege duodecim tabularum quæramus, sive de edicto, quo Prætor legitimis hæredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis verò nomine iis solis Prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo à sobrino sobrinaque nato natave.*

NOTÆ.

5. ***Et si decimo gradu***] Nam adgnatorum successionem verius est nullo fine terminatam fuisse, Per *§. 3. sup. de leg. agn. succ. §. ult. inf. serv. cogn. l. 2. §. 1. de suis & leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur latiùs agnatorum successionem diffundi placuerit quam cognatorum.*
2 *In obscuro esse, cur sexto potiùs quàm quo alio gradu successio cognatorum determinata, explosa ratione Mynsingeri & aliorum.*
3 *Supradictum discrimen sublatum esse,* Nov. 118.
4 *Agnatorum successio an certo gradu terminetur, & an novo jure item cognatorum. Et quid hic usus servet.*

HOc §. determinatur successio eorum, qui ex tertio capite Unde cognati veniunt: & simul insinuatur differentia, quæ hac in parte sit inter agnatos & cognatos.

1 *Agnationis jure etsi decimo gradu*] Nominis & familiæ propagandæ studium fecit, ut successio, quæ agnationis jure nititur, latiùs diffunderetur, quàm quæ naturali dumtaxat cognatione. Nec à Prætore in infinitum producenda fuit successio jure civili incognita. Ait; *Etsi decimo*. Hoc dicitur περὶ διαστολῆς sexti, quo terminatur successio cognatorum: nam agnatorum successionem verius est nullo fine terminatam fuisse, ut mox audiemus.

Edicto quo Prætor legitimis] Nam quibus jus civile legitimam defert hæreditatem; iisdem, etsi hæredes non extiterint, Prætor, ut custos & minister juris civilis etiam jure legitimi hæredis defert bonorum possessionem; quamvis sexto gradu sint remotiores.

Usque ad sextum cognationis gradum] Inclusivè ut loquuntur; *l. 1. §. 3. l. pen. unde cogn.* Quid Prætorem moverit, ut potiùs sexto gradu quàm quinto aut alio hanc successionem determinaret,
2 difficile est dicere. Paulus *4. sent. 11. in fin.* hanc
rationem affert; Quòd in sexto gradu deficiunt nomina cognationis, quibus personæ propriè denotentur. Mynsingerus, Hotomanus, & Vvesembecius aliam afferunt; Quia scilicet naturalis cognatio propter vitæ humanæ brevitatem ultra sextum gradum non producatur. Sed hæc ratio, quod pace tantorum virorum dictum sit, perspicuè inepta & falsa est. Tractatur enim hic non de successione adscendentium aut descendentium, sed eorum, qui ex latere veniunt; quos ultra sextum aut septimum gradum qui reperiri posse negat; eum necesse est sanæ mentis non esse. Et verò si natura ultra eum gradum neminem patiatur vivere; nec patietur ultra vivere agnatos. Cur ergo hos, licet longè remotiores sint & jus civile & Prætor admitti voluit? Equidem fateor, Paulum quoque de loco eamdem illam rationem expressisse, & Modestinum quoque *in l. 4. in pr. de grad. & affin.* Verùm illi, ut credibile est, in hæc αἰτιολογία respexerunt maximè ad successionem superiorum & inferiorum; id est, eorum, qui sunt in linea recta & transversa inæquali. Nam in transversa æquali, puta si ex duobus fratribus
continua serie sobolem propagatam ponamus, 3
vel vicesimo gradu inter se distantes reperias. De eo nemo dubitat, si Hotomannum exceperis, quin hodie, sublato per *Nov. 118.* agnationis & cognationis discrimine, intelligi debeat sublatum quoque esse discrimen termini successionis, quod penè etiam expressum est in calce *cap. 3. d. Nov.*
118. Gloss. Ioan. Fab. Ang. Vvesemb. hic Foster. dict. 4
tract. 3. cap. 9. Unum superest non satis expeditum: utrùm quemadmodum sextus gradus terminus successioni cognatorum hic positus est, ita etiam decimus præfixus intelligi debeat successioni agnatorum, an verò hæc certo gradu non terminetur. Unde dependet decisio quæstionis, Utrùm ex novo jure cognati pariter & agnati tantùm ad decimum usque gradum succedant, an verò etiam ultra eum. Ut dicamus, decimum gradum terminum successioni agnatorum hic constitutum, multa suadent. Primum enim cur decimi gradus mentionem Imperator facit, si etiam ultra decimum agnati admittantur? Deinde cùm utrumque dicat: agnatos succedere etiam qui in decimo gradu sunt, & cognatus usque ad sextum, ratio pati non videtur ut dicamus, uno numero successionem terminari, altero non item. Postremò nisi fines aliqui successioni agnatorum statuantur, vix unquam ordini tertio, aut quarto, in quo sunt vir & uxor, locus futurus est. Hoc igitur posito, Decimo gradu terminatam fuisse successionem agnatorum, dicendum est, æquato cum agnatis jure cognatorum, *dict. Nov. 118.* utrosque jam ad decimum gradum admittendos esse, non ultra. Quod & vulgò receptum est, testibus *Ioan. Fab. Ang. Porc. Mynf. Schned. Vvesemb.* & apud nos servari tradit *Grot. lib. 2. introduct. cap. 56.* Sed in contrarium movet, quod supra Justinianus tradit: Jure agnationis hæreditatem ultro citroque capi, etiamsi longissimo gradu sunt, *§. 3. in pr. de leg. agn. success.* quod & mox ibidem repetit, & iterum *§. ultim. infr.*

de

de serv. cogn. Item quod *Vlpian. l. 2. §. 1. de suis l.* definit: Agnatos esse cognatos virilis sexus ab eodem ortos in infinitum; in qua definitione effectum & jus succedendi Jurisconsultum consideraſſe perſpicuum eſt: ideò enim virilis sexus tantùm meminit, ut significet, maſculos ſolos, non etiam fœminas agnatas conſanguineis remotiores jus legitimæ ſucceſſionis habere; §. 3. *ſup. de l. agn ſucc.* Et denique quod lex 12. tabularum ſimpliciter & ſine ulla determinatione gradus, ſi ſui hæredes non extent; proximum agnatum familiam habere jubet. Nec difficilis reſponſio eſt ad ea, quæ pro communi ſententia proferuntur. Nihil enim prohibet, quò minùs dicamus; exempli tantùm gratia hic decimi gradus mentionem fieri. Non enim eodem modo de agnatis & cognatis Imp. loquitur. De agnatis non loquitur determinativè; ſed ait: Eos ſuccedere etſi decimo gradu ſint, utens rotundo & certo numero pro incerto. De cognatis contra determinativè, ait enim: Eos ſuccedere uſque ad ſextum gradum. Porrò facilè evenire potuit, ut defunctus vel nullos agnatos relinqueret propter emancipationes, vel ut agnati in ſuo ordine non ſuccederent, puta ſi proximus defeciſſet; §. *placebat 7. ſup. de l. agn. ſucc.* His jam conſequens eſt: poſt *d. Nov.* 118. etiam cognatos ultra decimum gradum ſuccedere debere; uti etiam *in fin. c. 3. d. Nov.* omnes deinceps à latere cognati ſimpliciter & ſine ulla determinatione vocantur. Quæ ſententia Baroni quoque & Bachov. probatur; item Gudelino *lib. 2. de jur. nov. cap. 15. & Valent. Forſtero d. tract. lib. 3. c. 10. in fin.* Sed is in eo fallitur, quod ita etiam moribus receptum putat. Contrarium enim teſtantur pragmatici illi omni exceptione majores, quos ante citavimus; & apud nos conſtat, deficientibus cognatis decimi gradus bona defuncti ad fiſcum devolvi; Grot. *2. manud.* 30.

Sobrino ſobrinaque nata natove] Bonorum poſſeſſio, ait Ulp. quæ ex hac edicti parte datur, cognatorum ſex gradus complectitur; & ex ſeptimo duas perſonas, ſobrino & ſobrina natum & natam; *l. 1. §. 3. unde cognat.* Propter has autem duas perſonas, quæ ex ſeptimo veniunt, Paulus videtur ſeptem gradus conſtituiſſe; *l. 4. ſent. 11. in fin.*

Ratio ſuccedendi ab inteſtato ex jure noviſſimo.

De ſucceſſione liberorum.

1 *Iure Novell. liberos omnes, non habita ratione familiæ, ſexus, gradus cæteris omnibus in ſucceſſione parentum præferri: & quæ inde conſectaria.*
2 *Duæ cauſæ, in quibus alia perſona cum liberis admittitur.*
3 *Quis ſuccedendi in hoc ordine modus.*
4 *De liberis legitimatis, illegitimis, & adoptivis, remiſſivè.*

Vinnius in Inſtitut.

SUccedentium ab inteſtato tres ordines Juſtin. noviſſimè fecit; *Nov.* 118. Primus eſt deſcendentium ſive liberorum defuncti. Hos voluit cæteris omnibus præferri, ſoloſque admitti ad hæreditatem parentum inteſtato mortuorum; &
ita admitti omnes, ut neque ſexus, neque familiæ, neque gradus ulla prærogativa eſſet; ſed ſi- 1
ve maſculi ſint ſive fœminæ; ſive ex maſculis ſive ex fœminis deſcendant; & ſive ſuæ ſint poteſtatis ſive ſub poteſtate; primi ſive inferiorum graduum adſcendentibus omnibus & lateralibus præponerentur, *d. Nov.* 118. *c.* 1. Ex quo primùm intelligimus: liberos emancipatos in hac ſucceſſione ſuis ſic exæquari, ut illi jam non ampliùs indigeant auxilio Prætoris. Etſi nihilominus ad acquirendam hæreditatem eamve ad quoſcumque hæredes tranſmittendam neceſſaria iis ſit aditio, uti & iis, qui ex fœminis deſcendunt, ut benè doctiſſimus Vigl. in §. *ſed hæc, ſup. de exhær. lib.* Deinde ſic admitti, ut etiam patri, in cujus poteſtate defunctus fuerat, præferantur in iis bonis, quæ patri ex Conſtitutionibus non acquiruntur; quod etiam expreſsè *d. c.* 1. cautum eſt. De pluribus autem gradibus liberorum ſic ſtatuit: Vivos quidem liberos primi gradus obſtare nepotibus ex ſe natis in ſucceſſione avi: illis autem mortuis; nepotes in locum eorum ſuccedere & admitti ad ſucceſſionem avi, ſive ſoli ſint, ſive cum filiis defuncti, iiſdemque thiis ſuis concurrant; ut jam olim juris fuit in nepotibus ſuis hæredibus, §. *cum filius 6. ſup. de hær. quæ ab inteſt.* Quid ſi filius emancipatus ſit, nepos in poteſtate retentus. Dicendum eſt: filium ſolum excluſo nepote admitti; ut nunc ampliùs locus non ſit edicto *de conjungendis cum emanc. lib. arg. d. c. 1.* quod & D. Gudelinus *lib. 2. de jur. nov. c. 13. poſt D. Vveſemb. in par.* ad iſtud edictum, rectè
obſervavit: utut id negent *Cujac. ad hanc Nov. &* 2
Hotom. ad calcem tit. de hær. quæ ab int. Duo tantùm ſunt caſus, quibus parens ſuperſtes cum liberis ad certam partem jure ſingulari admittitur; pater in uſumfructum virilis partis bonorum, (quæ ex hæreditate materna ad filios emancipatos pervenerunt; *l. 3. C. de bon. matern.*) conjux inops in bona conjugis locupletis pro quarta aut virili uſusfructus eorum, *Nov. 53. c. ult. Nov. 117. cap. 5. auth. præterea, unde vir. & ux.* de quo pluſcula D. Tuld. comm. *de hær. quæ ab int. cap.* 14. Cæterùm neutrum horum jure patrio obtinet. Modus ſuccedendi in hoc ordine talis eſt. Nepo-
tes ſive ſoli ſint, diverſarum tamen ſtirpium, ſi- 3
ve cum thiis ſuis concurrant; ſuccedunt in ſtirpes: quoniam jure repræſentationis ſemper veniunt; ut ſcilicet in parentis demortui locum ſuccedant, non habita ratione, cujus ſexus parens fuerit, aut an liberos in poteſtate habuerit, nec ne; *dict. c.* 1. quod repræſentandi jus etiam in pronepotibus & deinceps cæteris locum habet, concurrentibus cum iis, qui ſunt gradu proximiores: per §. *ult. ſup. de hær. quæ ab int.* liberi verò omnes, qui ejuſdem ſunt ſtirpis & gradus, in capita ſuccedunt; id eſt, viritim, ut

æqualiter hæreditas inter eos dividatur, *d. c. 1. fa- cit §. 6. & d. §. ult. de hær. quæ ab int.* Sciendum autem est; Justinianum toto *d. cap. 1. Nov. 118.* loqui de solis liberis natis ex justo matrimonio; quibus tamen etiam exæquari sunt in hac causa liberi legitimati, §. 2. *sup. d. tit.* uti diximus, *Nov.* 74. & 89. De illegitimorum successione alibi tractavimus, *§. pen. sup. de Senatusc. Orfic.* In successione adoptivorum sequendum, quod Constitutum est *l. penult. Cod. de adopt.* de quo non uno loco disseruimus sub *tit. de hæred. quæ ab intest.* Sæpè etiam alibi monuimus: apud nos adoptionem in usu non esse; certè non tribuere jus liberorum, aut cognationis omninò; ut sub *rubr. de adopt. & sub tit. de exhær. lib.*

De successione parentum.

1 *In hoc ordine quis succedendi modus: & an referat, unde bona obvenerint.*

2 *Qui pariter cum adscendentibus admittantur, & in quam partem.*

SEcundus ordo adscendentium est, sive parentum. Hi liberis defuncti non extantibus ad legitimam liberorum suorum hæreditatem vocan-
1 tur hoc modo. Si nec fratres defunctus reliquerit; succedunt soli: & soli inter eos, qui sunt gradu proximi; *d. Nov. 118. c. 2.* Et siquidem ex eadem sunt linea; succedunt in capita: quippè in hoc ordine locum non habet repræsentatio; *d. c. 2. auth. defuncto, C. ad Sen. Tert.* sin ex diversa; tamquam in stirpes; ut semissem unum paterni, alterum materni licèt impares numero, consequantur, *d. c. 2.* Nec attenditur, unde bona aut major bonorum pars defuncto obvenerit; à paterna linea, an à materna, per *d. c. 2. vers. si autem*
2 *Gudel. lib. 2. de iure noviss. c. 14. Fab. C. suo, lib. 6. tit. 33. defin. 2* Quòd si cum adscendentibus inveniantur simul fratres ex utroque parente defuncto conjuncti; non soli parentes ad hæreditatem admittuntur, sed unà cum horum proximis fratres & sorores superstites: quæ successio in capita est, & hoc singulare habet, quòd nec ususfructus portionis fratribus delatæ parentibus; quorum in potestate sunt, acquiratur; *d. c. 2. vers. si verò.* Posteà cum parentibus & fratribus germanis admissi etiam eorum fratrum demortuorum filii in stirpes, data his portione, quam pater eorum superstes accepturus fuisset; *Nov. 127. c. 1. auth. cessante, C. de l. hær.* Nepotes ex fratre non idem juris habent; neque fratres consanguinei tantùm cum patre, aut uterini cum matre admittuntur; per *d. c. 2. auth. defuncti. C. ad Senatusc. Tert. ubi DD.* Sed nec fratrum germanorum filii soli cum parentibus ex *d. Nov. 127.* succedunt; verùm ita demum, si fratres concurrant. De parentibus illegitimis statuendum ex successione liberorum illegitimorum: de adoptivis ex jure veteri & *l. pen. C. de adopt.*

De successione lateralium.

1 *Qui primi in hoc ordine: & qua ratione vocentur.*

2 *Utrùm fratrum filii, quando soli sunt, in capita, an in stirpes, succedant.*

3 *Qui secundo loco veniant: & utrùm fratres consanguinei & uterini concurrentes ex æquo in bona omnia defuncti fratris, an illi in paterna, hi in materna succedant.*

4 *Qui, qua ratione postremo loco vocentur.*

TErtius ordo collaterales habet, qui omnes ex *d. Nov. 118. c. 3.* veniunt remoto discrimi- 1
ne sexus, agnationis cognationisve. Hos inter primum locum obtinent fratres sororesque germani seu ex utroque latere conjuncti; cum quibus tamen admittuntur & fratrum eorum defunctorum filii jure repræsentationis, ut tantum ferant, quantum pater eorum habiturus fuisset: & quamvis soli sint; præferuntur tamen defuncti filiis, atque adeò fratribus ex uno tantùm latere defuncto conjunctis; quemadmodum pater eorum, si vixisset, iisdem defuncti fratribus & tam consanguineis, quàm uterinis præferendus fuisset, *d. c. 3. authent. itaque, Cod. comm. de success.* Omnia contra rationem juris veteris: quo jure fratres, qui tantùm consanguinei sunt, idem jus 2
habent, quod germani; & ad patruos æquè ut ad fratrum filios legitima hæreditas pertinet; nec non ad avunculos æquè atque ad filios fuorum honoraria; *leg. 1. §. pen. und. cogn. vid. supr. de legit. agn. succ. & de success. cogn.* Illud non satis expeditum est: num fratrum filii, quando soli existunt, in stirpes, an verò in capita ex jure novissimo succedere debeant. Accursius censuit, etiam tunc in stirpes succedere. Azo contra: In capita. Utrrque magnos habet propugnatores; quos vid. apud *Hoster. 8. de success. ab intest. cap. 3. Fachin. 6. cont. 3.* Mihi semper probabilior visa est Azonis sententia: propterea quòd juri veteri & Constitutionibus quoque posterioribus consentanea est; *§. hoc etiam supr. de l. agn. succ. l. 2. §. 2. de suis & legit. l. pen. & ultim. §. 5. Cod. de legit. hær.* nec ostendi potest, Justinianum quicquam, quod quidem ad hanc causam attinet, innovasse. Nam quod Accursius eumque secuti ajunt: Constitutione Justiniani filios fratrum jure repræsentationis vocari; atque ex eo sic argumentantur: Qui jure repræsentationis succedunt, illi non aliter succeder- possunt quàm in stirpes, cùm non amplius possint accipere, quàm is, cujus locum repræsentant, accepturus fuisset; *§. cum filius 6. supr. de hær. quæ ab int.* at filii fratrum succedunt jure repræsentationis; *d. c. 3. Nov. 118.* Ergo. Ad hoc respondeo: falsam esse illius argumentationis assumptionem, si in sensu diviso, de quo quæritur, accipiatur; hoc est, quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianus in *d. c. 3.* eo tantùm casu jus repræsentationis filiis fratrum concedit, quàdo

do concurrunt cum patruis aut avunculis suis: quippè eum hoc casu ex sua persona succedere non possint; quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti; quibus ne injuria fieri videatur; jus repræsentationis introducendum fuit, ut in patris locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non est, cum soli reperiuntur, ac propria ex persona succedere possunt. Non obstat exemplum nepotum, quos constar in stirpes semper succedere, sive succedant cum patruis, sive soli; quasi post Constitutionem Justiniani eadem planè esset ratio filiorum fratrum, quæ jure veteri nepotum fuit: ut nimirum parentum suorum locum in succedendo perpetuò occupent. Nam hæ duæ species certo jure distinctæ sunt. In linea recta descendentium numquam proximitas spectatur; *d. §. cum filius & §. ult. de hær. quæ ab int.* in linea collaterali perpetuò & sola, *sup. d. l. agn. succ. in pr. & in pr. de succ. cogn. l. 3. C. de legit. hær.* unde unum tantùm casum, eum quem diximus, excepit Justinianus. Atqui ajunt: Fratres filii excludunt defuncti patruum, qui eodem gradu est, *d. c. 3.* hoc verò certum esse argumentum, eos non jure proximitatis, sed repræsentationis, succedere. Respondeo: Excludunt & fratrem ex uno tantum latere defuncto conjunctum, qui uno gradu est proximior; nec tamen inde sequitur, quod putavit Fachin. *d. loc.* eos hoc casu succedere jure repræsentationis; non magis quàm si dicam: Filius & filia defuncti patrem & matrem excludunt, qui eodem gradu sunt, ergo succedunt jure repræsentationis. Sed & frater ex utroque latere conjunctus præfertur fratri ex altero latere conjuncto dumtaxat, qui tamen eodem gradu est, non tamen jure repræsentationis. Quo igitur? Non alio, quàm proximitatis; quia tertium non datur. Concludo igitur; fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant, exclusis iis, qui eodem gradu aut etiā proximiore sunt, si illorum jus sit potius; ut ex Constitutione Justiniani majus est jus filiorum fratrum tamquam descendentium, quàm patruorum aut avunculorum, qui instar sunt adscendentium: & jus plenorum sive germanorum fratrum & horum item filiorum propter duplex sanguinis vinculum, quàm consanguineorum tantùm aut uterinorum; *Nov. 84. c. 1. §. 1.* Nec dicat quis: Hoc jure posito magnam liberis fratrum inferri injuriam si fortè unus plures, alter pauciores reliquerit. Nam ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio est, neuter lædi videtur; *l. si pater 12. C. de inoff. test.* Azonis sententia Constitutione Caroli V. in comitiis Spirensibus confirmata est, anno 1529. probataque & Gallicanis Parlamentis, *Papom. lib. 21. tit. 1. arrest. 11. & 12. Maynard. lib. 6. dec. 92. n. 3. Gosdal. in l. 1. §. ult. C. si par. hær. pet.* & plerisque aliis supremæ jurisdictionis Curiis; *Thesaur. dec. 162. Ant. Fab. C. suo, tit. de legit. hær. defini 1. Christ. vol. 1. dec. 194.* Atque ita quidem ego olim pro Azone. Cæterùm posteà dum singula *d. c. 3. Nov. 118.* enucleatiùs ex animo, vereri cœpi, ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sanè verbis *d. c. 3.* Azonis opinio minùs convenire mihi visa, nisi eum Fachin. *d. l.* eam sic limitemus: ut eo dumtaxat casu procedat, quo fratrum filii ex propria persona veniunt: non autem quando vocantur ad exclusionem aliorum, qui aliàs aut cum iis concurrerent, aut eos ipsos excluderent: de quo nos opulentiùs *lib. 2. select. quæst. c. 30.* Post fratres germanos eorumque demortuorum filios admittuntur fratres consanguinei & uterini, & cum his eorum demortuorum filii in stirpes; *d. Nov. 118. c. 3. auth. post fratres, C. de l. hær.* Atque hos ex æquo succedere in omnia fratris defuncti bona, sive ea paterna sint, sive materna, sive quæsita aliunde; magna causa 3
est cur existimem: licèt DD. comm. contra sentiant, & consanguineis paterna, uterinis materna assignent; aliunde quæsita demum æqualiter censeant distribuenda, uti *& Foster. l. 8. c. 8. Gomez. ad l. Tauri 8. num. 8. Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 15.* Nam primùm bona cujusque undecumque profecta unum & simplex patrimonium ejus constituunt, atque ex vera ratione juris successio fit in bona universa, æqualique jure succedentes æqualiter defunctum repræsentant: qua eadem ratione plerique defendunt: Parentes liberis suis, remota quæstione unde bona obvenerint, succedere; *Foster. lib. 7. cap. 4. num. 6. & seq. Fachin. 6. cons. 4. Covarr. epit. de succ. ab intest. num. 3.* Deinde Justinianus primò utrinque conjunctos simpliciter præfert conjunctis ex uno latere; ac mox post illos etiam hos indistinctè vocat. Quòd si causa & origo bonorum spectaretur; vide quæ huic rei sint consequentia. Unum est: ut consanguinei cum germanis admittantur ad bona paterna; uterini cum iisdem ad bona materna. Secundum: ut admittantur & multò magis cum eadem distinctione bonorum consanguinei & uterini cum fratrum germanorum filiis. Etenim in bonis, quæ v. c. à communi patre provenerunt, nihil operari potest aut debet concurrens in altero fratre defuncti à matre cognatio: aut efficere, ut is ob eam causam præferri debeat conjuncto tantùm per patrem, si unde bona obvenerint, non jus succedentium consideremus: quemadmodum in feudis constat consanguineos à germanis non excludi; *Alvarot. in tit. de success. frat. §. in his verò lib. 2. Feud. tit. 11. Curt. tract. de feud. p. 3. n. 56.* Denique si defunctus nulla bona materna habeat, sed paterna dumtaxat; uterinum hac ratione frater consanguineus in totum submovebit. Quæ quidem omnia & cum verbis & cum mente Justiniani in *d. c. 3. Nov. 118.* pugnare videntur, consanguineos & uterinos simpliciter & pari jure ad successionem intestati fratris vocantis. Communis opinio fundatur in *l. de emancipatis 73. §. 2. C. de legit. hær. & Nov. 84 cap. 1. §. 2.* Sed verissimum est, minimèque obscurum, quod etiam D. Gothofr. ad *d. l. 13.* notat; textus istos per hanc Novellam nostram abrogatos esse; quippè in quibus patet fratribus omnibus postponitur: nec tamen

men allo casu, quàm cum pater adhuc vivit, & usumfructum consequitur, ex eadem matre nati in bonis, quæ à matre profecta sunt, consanguineis præferuntur. Postremò veniunt cæteri collaterales, & tam ex uno latere, quàm ex utroque cognatione juncti. Quò autem quisque proximior est, ita alterum excludit. Si plures sint ejusdem gradus in capita familiam dividunt; *d. Nov. c. 3. in fin.* Unde duo colligimus, quæ diligenter notanda sunt. Unum est: quòd qualitas duplicis conjunctionis sive plenioris sanguinis non consideratur ultra fratres eorumque filios, alterum; quòd jus repræsentationis in hoc ordine
4 fratrum filii terminant. De successione lateralium illegitimorum plenè diximus sub §. *de succ. cogn.* De lateralibus adoptivis ad §. 2. *de legitima agn. succ.*

Forma succedendi ab intestato apud Hollandos & Vvestfrisios.

1 *Quibus in oppidis & agris Scabinico olim jure, & in quibus Æsdomico circa successionem ab intestato est.*
2 *Successio Scabinica qualis, & quo fundamento nitatur.*
3 *Iuris Æsdomici ratio, & qualis ex eo jure successio.*
4 *Ius uniforme introductum Constitutione polit. ann. 1580. sed ab eo recessum anno 1599. ut jam iterum duplex apud nos sit succedendi ratio.*
5 *Communia utriusque juris in successione descendentium & adscendentium.*
6 *Uno ex parentibus defuncti liberos non relinquentis mortuo; quid juris apud meridionales ubi viget Constitutio politica.*
7 *Quæ circa successionem collateralium juxta d. Constitutionem in universum tenenda.*
8 *Notatur insignis differentia inter jus Rom. & hoc nostrum circa jus repræsentationis in linea transversa.*
9 *Quid si nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent: & quid si aliquid d. Constitutione omissum, ex quo jure de eo statuendum.*
10 *Forma succedendi apud Septentrionales & Vvestfrisios ex placito de success. ab intest. edito anno 1599. si defunctus nec liberos reliquerit, & alterum tantùm parentem superstitem habeat.*
11 *Decisio controversiæ cujusdam ortæ ex verbis fina. lib. art. 3. d. plac.*
12 *Quomodo successio collateralium juxta d. plac. procedat.*
13 *Quando avus & avia, fratrum pronepotes & deinceps, & quam in partem singuli vocentur.*
14 *Quando & quomodo patrui, avunculi, & his deficientibus cæteri.*
15 *Quomodo divisio fiat, si cum fratrum filiis nepotes ex fratre concurrant.*
16 *Discrimen bonorum in nulla harum successionum attendi.*
17 *Quod d. placito definitum non est, ad cujus juris normam id exigendum.*
18 *Quando & quomodo in bonis prædicta Constitutiones non obtinent.*

IN his regionibus duplex ratio succedendi ab intestato eaque toto inter se cœlo distans 1
usurpata quondam fuit, una ex jure Zelandico, quod nostri *Scabinicum* appellant, altera ex veteri jure Frisiorum, quod *Æsdomicum* sive *Asingicum* dicimus. Illo utebantur urbes & agri Hollandiæ meridionalis, quæ scilicet Rheno & Mosa fluminibus concluditur, cujusque caput est Dordracum: hoc in urbibus & agris trans Rhenum & Yssalam ad Aquilonem positis usitatum erat; videlicet in Noordhollandia, Kennemarlandia, Vvestfrisia, atque in tota etiam Rhynlandia, licèt magna hujus territorii pars cis Rhenum sita sit ad Africum. Cæterum Hagacomitenses & Roterodamenses, quamvis ad plagam Yssalæ septemtrionalem positi, Scabinico jure usi sunt. Juris Scabinici seu successionis Zelandicæ hoc fundamentum fuit, *'t Goedt moet gaen van daer 't gekomen is*: hoc est: Bona eò redire debent, unde profecta sunt; quod tamen sic acceptum, ut liberi semper in locum parentum veniant una manu, ut scilicet non plus omnes accipiant simul, quàm parens eorum habiturus fuisset. Hoc principio posito, graduum aut proximitatis ratio non magnoperè habenda fuit: sed potiùs spectandum, unde bona ad defunctum per successionem pervenerint aut pervenire potuerint. Hinc est, 2
quòd si liberi non extarent; prima in successione causa utriusque simul parentis erat: nimirum quia bona defuncti ab iis profecta censebantur, non quòd primo essent gradu. Indidem est, quòd altero parente mortuo, nec superstes, nec fratres, nec ulli alii per eum defuncto juncti ad hæreditatem partemve ullam hæreditatis admittebantur; sed cognati parentis præmortui, etiamsi remotioris essent gradus. Hinc item est, quòd utroque parente mortuo, fratres germani in concursu cum consanguineis & uterinis ex horum alterutris duplici divisione utebantur. Ne plura commemorem, verum juris Scabinici schema nobis exhibet Cōstitutio politica edita ann. 1580. excepto quòd infinitam collateralium repræsentationem ad fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filios restringit. Jus Æsdomicum contrario fundamento nititur; hoc nimirum, *'t Naeste bloedt, beurd het goedt*; id est; proximus sanguine, proximus successione: ita tamen ut hoc jure nihilominus descendētium causa potior esset, quàm adscendentium, atque adscendentium, quàm lateralium. Cùm ergo in unoquoque ordine solam hic proximitatem & gradum spectari placeret; hinc eveniebat, ut ne in liberorum quidem ordine repræsentationi locus esset: sed filii excluderent nepotes; hi pronepotes, &c. ut nulla germanitatis, consan-

sanguinitatis, aut uterinitatis haberetur ratio: ut patrui & avunculi, amitæ & materteræ cum fratrum & sororum filiis in capita succederent, denique collaterales omnes, uti quisque gradu esset proximus. Plura qui hic nosse desiderat; adeat *C. Neostad. de pact. antenupt. obs. 2. D. Grot. lib. 2. manuduct. ad Iurispr. Batav. ca. 28. Ioh. Arn. Corvin. in enot. sub tit. lib. 3. inst.* Ex duobus his
4 tam dissimilibus ac difformibus succedendi modis tandem jus simplex atque informe conflatum est, quod sine distinctione in locis omnibus hujus Provinciæ servaretur. Id effectum AA. Ordinum Constitutione politica anno 1580 Cæterum cùm ea Constitutio propemodum in omnibus partibus sequeretur jus Scabinicum: illi autem, qui jure Æsdomico assueti erant, exceptis pagis mediis Rhenum inter & Yssalam, adduci se non paterentur, ut à jure majorum, præsertim quatenus parentibus favebat, usque quantum d. Constitutio recederent: concessum posteà est his quærentibus jus speciale ex Æsdomico & Scabinico mixtum ac temperatum: quod factum anno 1599. Constitutione sive placito de successi. ab intestato, in cujus placiti principio urbes & agri enumerantur, quibus parentibus hoc jus indultum est. Ex quo tempore iterum diverso jure in causa successionis ab intestato uti cœpimus; alio in oppidis & agris Hollandiæ meridionalis; alio in Noorthollandia & Vvestfrisia; illic eo, quod in commune sancitum est anno 1580. hic illo temperato, quod specialiter constitutum anno 1599. præterquàm in pagis quibusdam & vicis; iis nimirum, quos nominatim hæc Constitutio excipit.

Utroque jure in successione ab intestato prima
5 causa est liberorum; in qua successione gradus non quæritur: sed cum liberis primi gradus succedunt & liberi gradus secūdi aut inferiorum jure repræsentationis seu in stirpes, ut tantam portionem accipiant, quantam parens eorum laturus fuisset; *art. 20. const. polit. art. 1. placit. de succession. ab int.* in quo nihil dissonum à jure Romano; uti neque in eo, quòd liberi, qui aliquid à parentibus acceperunt extra causam simplicis donationis, veluti ad subsidium matrimonii, ad mercaturam, aliamve negotiationem exercendam promovendamve, id fratribus consortibus in divisione hæreditatis conferre debent; *art. 29. de const. polit. leg. pen. §. 1. Cod. de coll.* Igitur quod descendentes attinet, uno communi jure per totam Hollandiam & Vvestfrisiam utimur scripto Romanorum per omnia consentaneo. Illud quoque in commune statutum & receptum est: ut deficientibus liberis defuncti, si uterque parens primi gradus sive pater & mater adhuc vivant; hi soli ad universam liberorum suorum successionem veniant, & fratres quantumvis germanos eorumque filios excludant; quos simul admittit Justinianus *art. 21. d. constit. & art. 2. placit.* Altero verò parente mortuo, jus variat. In omni autem successione si fortè brevitatis causa masculorum tantùm mentionem faciemus, memento, me eorum appellatione etiam fœminas cognatas complecti. In Hollandia meridionali, ubi anteà mero jure Scabinico seu Zelandico utebantur, recepta est in
omnibus partibus dicta Constitutio politica anno 6
1580. qua Constitutione, quantum attinet casum propositum, cautum est: Ut altero è parentibus defuncti, de cujus successione agitur, mortuo; parens superstes à successione excluderetur, neu quis alius descendentium, rupto morte unius è conjungibus thoro, ad liberorum suorum successionem venire possit; *art. 22. & 26. d. const. polit.* Uti si in cognatione paterna vel materna aut utraque reperirentur avus & avia ambo adhuc superstites; hi defuncti filiis ex eodem latere eorumque liberis præferantur; *art. 26. dict. constit.*

De successione collateralium juxta *dict. Const. polit.* hæc ante omnia & in universum tenenda
sunt. Primùm: Uno ex primi gradus parentibus 7
defuncti, qui liberos non reliquit, mortuo, sicut parens superstes aliique per hunc parentem adscendentes à successione removentur; ita nec ullos laterales per eundem parētem superstitem defuncto conjunctos ad successionem ejus vel in totum vel ex parte venire posse. Secundò mortuo utroque parente; hæreditatem tunc dividi in duas æquales partes; quarum alteram paterni; alteram materni ferant; nec considerari, utrùm à parte patris, an à parte matris major pars bonorum obvenerit. Tertiò. Uno dumtaxat parentum mortuo; totam hæreditatem ad eos solos pervenire, qui ei, de cujus successione agitur, per illum parentem mortuum conjuncti sunt. Quartò: Hinc esse, quòd mortuo patre & matre; fratres & sorores consanguinei cæterique collaterales ex uno tantùm latere defuncto conjuncti admittantur solùm dimidiata seu semiplena manu: ita ut ex utroque latere conjuncti primò semissem totorum bonorum sibi vendicent: deinde alter semis inter eosdem & ex uno latere conjunctos dividatur: qui iidem contra uno ex parentibus mortuo, plena manu veniunt, si defuncto conjuncti sint per parentē demortuū. Hæc ita comprehēsa sunt declaratione super ordinat. de successi. edita anno 1594. Postremò & illud sciendū: quamquam hoc nunc per totam Hollandiam observatur; jus repræsentationis (quod est vetus jus Scabinicum) porrigi tantùm in linea transversali ad fratrum & sororum nepotes, & patruorum atque avunculorum filios inclusivè. Ubi notanda insignis in-
ter jus Romanum & hoc nostrum differentia. 8
Nam jure Romano in linea collaterali soli jus repræsentationis habent fratrum filii; nostro etiam fratrum nepotes, & patruorum atque avunculorum filii: Fratrumque præmortuorum filii & nepotes, etiam tunc cum soli sunt, non in capita, sed in stirpes jure repræsentationis succedunt. Inter cæteros autem laterales jus Æsdomicum servari, quo jure qui gradu proximior est, ulteriorem excludit, paresque gradu in capita succedunt; *art. 28. dict. const. polit.* Quod

autem apud Roterodamenses duobus gradibus ulterius, quàm dictum est, jus repræsentationis extenditur; ex speciali concessione est. Igitur, vel utroque parente vel altero deficiente, fratribus, & sororibus, & jure repræsentationis filiis eorum ac nepotibus defertur hæreditas:
9 ut tamen in familia ercíscunda, quod ad fratres & deinceps ex uno latere conjunctos attinet, servetur illud discrimen, cujus modò mentio facta; *art. 22. & seqq. d. constit. pol.* Si nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent; tum hæreditas, uti dictum est, in duas partes secatur; quarum unam laterales paterni accipiunt; alteram materni; *art. 27. d. constit.* Quòd si contingat, adhuc avum & aviam simul, sive paternos sive maternos, in vivis esse; hi soli in eo latere, in quo reperiuntur, hæredes erunt. Sed avo atque avia aut alterutro eorum mortuo, succedunt patrui & avunculi, & jure repræsentationis sive in stirpes etiam eorum filii. In cæteris & remotioribus gradibus jus Æsdomicum servari placet; hoc excepto, quòd fratrum pronepotes & deinceps, quamvis quinto aut ulteriore gradu sint, tamen in successione præferantur avo aviæ, & qui supra hos sunt adscendentibus: item patruis avunculis, eorumque liberis. Cæterùm in capita, non in stirpes hæreditatem partiuntur; ut jam dictum est. Si quid inciderit, quod non satis expressè per *d. Const. pol.* decisum videri possit de eo non ex jure Romano, quod nominatim d. Constitutio abrogat *art. 19.* sed secundùm præcedentia theoremata, & porrò ex jure Scabinico in locis, in quibus hoc usurpatum fuit, statuendum erit.

10 Apud Hollandos autem septentrionales & Vvestrisios, qui ante simplici jure Æsdomico utebantur, hæc porrò forma succedendi ex placito de successi. ab intest. anni 1599. servatur. Mortuo uno ex primi gradus parentibus ejus, de cujus successione quæritur, & qui nec liberos reliquit; parens superstes unà cum fratribus defuncti & fratrum filiis ac nepotibus per repræsentationem ad intestati successionem admittuntur; *art. 3. de plac. de successi. ab intest.* Cùmque jure Romano parentes cum fratribus defuncti vocentur in capita; *d. Nov. 118. c. 2.* hic parens superstes in semissem hæreditatis venit; alter semis inter cæteros dividitur. Cæterùm hic etiam cum parente superstite admittuntur fratres ex uno latere: modò per parentem præmortuum defuncto conjuncti, eorumque filii & nepotes: cùm jure Romanorum soli concurrant fratres germani eorumque filii, non etiam nepotes; ut supra demonstratum. Quòd si defunctus nullos fratres per parentem prædefunctum conjunctos habeat; tunc ad solum parentem superstitem tota successio pertinet, etiamsi prædictorum fratrum liberi supersint, aut etiam fratres defuncto conjuncti per parentem superstitem dumtaxat. Quod deficientibus fratribus germanis nihilominus cum parente superstite admitti dicimus fratres ex uno parente conjunctos, dum ex præmortuo; id quidem verbis finalibus *d. art. 3. placit. de succ. ab intest.* parum convenire videtur: sed tamen lite super ea re exorta inter patrem superstitem & fratrem defuncti ex præmortua matre; Curia provincialis secundum fratrem pronuntiavit: & appellatione quoque & deinde interposita; sententia Curiæ à supremo Senatu approbata est, *D. Coren. obs. rer. à sup. Sen. jud. 29.* Cæteri adscendentes demum post fratres eorumque filios & nepotes, uti quisque proximior est, vocantur, idque in capita; *art. 7. d. plac. de succ. ab intest.* Enim verò si defunctus non alios fratres aut fratrum filios nepotesve reliquerit; 11
quàm ex uno tantùm latere conjunctos: & ex altero latere avum aut aviam, aut his etiam remotiores adscendentes superstites habeat; hoc casu placet, prædictos fratres eorumque filios & nepotes jure repræsentationis succedere in unum semissem tantùm; alter semis proximo memoratorum adscendentium attribuitur; si plures sint ejusdem gradus; viritim distribuendus; *art. 6. d. placit.*

Collateralium autem successio sic secundùm *d. plac.* procedit. Si neque liberi nec primi gradus parentes extent; fratres fratrumque filii & nepotes (qui hic etiam cum altero parente superstite succedunt eo, quo supra diximus, modo) ad universa defuncti bona veniunt; videlicet fratrum filii & nepotes jure repræsentationis, *art. 4. de successi. ab intest.* Fratres germani eorumque filii & nepotes in concursu cum consanguineis & uterinis; gemina divisione, hinc consanguineis, illinc uterinis eorumque filiis & nepotibus partem auferunt; *dict. art. 4.* Quòd si vel consanguinei tantùm, vel tantùm uterini, eorumve filii aut nepotes, cum germanis eorumve filiis aut nepotibus concurrant; tum duo semisses fiunt: quorum alter inter fratres vel consanguineos vel uterinos, eorumve filios, vel nepotes, & fratres germanos eorumve item filios aut nepotes dividitur; alterum soli sibi habent germani eorumque liberi, quos diximus, utpote qui ex hoc latere nullos alios cohæredes habent; *d. art. 4.* Si fratres germani eorumque liberi primi & secundi gradus deficiant: extent autem fratres consanguinei & simul uterini, aut item utrinque horum filii aut nepotes; hoc casu bona in duas æquales partes dividuntur quarum una distribuitur consanguineis & filiis eorum ac nepotibus in stirpes; altera uterinis eorumque item filiis ac nepotibus simili modo in stirpes. Quòd si fratres fratrum filii, aut filiorum filii, qui supersunt, omnes ex uno dumtaxat latere defuncto conjuncti sint; tum hi fratres, sive consanguinei sive uterini, eorumque filii & nepotes, per repræsentationem in universa defuncti bona succedunt: nisi forte avus aviave, aut supra hos alii adscendentes (defuncto per alterum latus juncti) supersint: quo casu placet, memoratos fratres, sive consanguineos sive uterinos, eorumque filios & nepotes, jure repræsentationis admitti in semissem hæreditatis dumtaxat: in alterum semissem

præ-

prædictos avum & aviam aliosve adscendentes
pro virilibus portionibus venire *art. 6. d. placuit.*
Post fratres omnes eorumque filios ac nepotes ad
universam successionem defuncti vocantur avus,
avia, & cæteri adscendentes jure proximitatis at-
que in capita: quod etiam locum habet, etsi ab
13 una parte avus & avia, ab altera alter tantùm
superstit; atque ita porrò in remotioribus adscen-
dentibus pari gradu defuncto conjunctis; *d. pla-
cit. art. 7.*

Adscendentibus quoque cunctis deficientibus;
tum proximi descendentes ex fratrum liberis se-
cundi gradus, pronepotes fratrum scilicet & de-
inceps, qui quinto gradu aut ulteriore sunt, ad
omnia bona defuncti veniunt, exclusis cunctis
cæteris collateralibus. Succedunt autem non in
stirpes, sed in capita: nec quæritur, utrùm pro-
geniti sint ex defuncti fratribus germanis, an con-
sanguineis uterinisve; *art. 8. d. plac.* Ac tametsi
qualitas duplicis conjunctionis jure Romano ul-
tra fratres eorumque liberi primi gradus non at-
tenditur; hoc nostro tamen jure finitur demum
in fratrum liberis gradus secundi. Post hos vo-
cantur patrui & avunculi in capita eorumque li-
14 beri primi gradus ex repræsentatione, succedunt-
que in omnia defuncti bona sine inquisitione,
utrùm patrui aut avunculi per utrumque paren-
tem patri defuncti juncti sint, an per alterum
duntaxat; *a. 9. d. plac.* Si nec patrui nec avunculi
extabunt; soli sanguine proximi ad hæreditatem
in capita veniunt: nullo item discrimine habito,
utrùm cognatio procedat à fratribus utrinque,
an ex uno latere duntaxat conjunctis. Et conve-
nienter patrui magni & avunculi magni cum con-
sobrinis æqualiter succedunt; *a. 20.* In successio-
ne collateralium, repræsentationi locus non est,
quando omnes, qui ad successionem vocantur,
eodem aut pari gradu cognationis defunctum
contingunt: *a. 11. d. plac.* Cæterùm si defunctus
non alios propriores cognatos reliquerit, quàm 15
fratrum filios, & cum his item nepotem nepotes-
ve alterius fratris: filio etiam hujus præmortuo,
hoc casu fratrum filii succedunt in capita, nepo-
tes fratris in stirpes seu jure repræsentationis,
a. 12. Porrò nulla in successione in locis comme- 16
moratis, ubi viget *d. plac. de succ. ab int.* attendi-
tur, unde aut à qua parte bona profecta sint; ne-
que utrùm sint hæreditaria, an ex quæstu, aut
aliunde obvenerint; *art. d. plac. 13.* Postremò si
quid incidens videri possit, *d. const. de succ. ab int.*
non satis evidenter definitum; id non ad normam
juris Æsdomici Scabinicive, aut Constitutionis
politicæ, (quippè quæ, quod ad successiones
ab intestato in prædictis locis attinet, sublata est) 17
sed ad rationem juris scripti Romanorum diri-
gendum erit; uti nominatim cautum *art. 14. d.
const. de succ. ab int.* Illud etiam sciendum est; præ-
dictas constitutiones DD Ordinum non aliàs lo-
cum habere, quàm si testamentis, pactis antenu- 18
ptialibus, aliisve modis, expressis *ar. 19. & 29.
const. polit.* aliter cautum non probetur. Succes-
sionibus quoque feudalibus nihil istis Constitu-
tionibus derogatum est: perinde in feudis anti-
qua & propria natura succedendi etiam tunc se-
quenda erit, de qua tractatum scripsit D. Neos-
ladius piæ memoriæ, supremæ apud nos Curiæ
quondam Senator. *add. D. Hug. Grot. introduct.
ad jurispr. Batav. lib. 2. c. 41.*

TITULUS VI.
DE GRADIBUS COGNATIONUM.
Dig. Lib. 38. Tit. 10.

TEXTUS.

Continuatio; & Cognationis divisio.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi sumus: cognationem aliam supra numerari; aliam infra; aliam ex transverso, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio est parentum; inferior liberorum; ex transverso fratrum sororumve, & eorum, qui quæve ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea, quæ ex transverso numeratur, à secundo.

COMMENTARIUS.

1 *Causæ, ob quas cognationum gradus nosse oporteat: & cur seriem generationum gradus Jurisconsulti vocitent.*

2 *Qua serie gradus numerentur tum in cognationis linea recta, tum in laterali.*

NOn unam ob causam Jurisconsultus cognationum gradus nosse debet: nam & legitimæ hæreditates & tutelæ ad proximum quemque agnatum redire consueverunt: & edicto Prætor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem; *l. ult. in pr. de grad. & affin.* & jure novissimo ab intestato tam ad hæreditatem, quàm ad tutelam cognati omnes, id est, non tantùm agnati, sed etiam cæteri cognati, servata gradus prærogativa, vocantur; *Nov. 118. c. 4. & 5.* Præterea lege publicorum judiciorum contra certi gradus cognatos inviti testimonium dicere non cogimur; *l. 4. de test.*

test. dict. l. ult. de gradu & affin. Sed & propter nuptias distinctio graduum cognationis cognoscenda est, maximè post jus Canonicum, quod hic diversa à jure civili dinumeratione uti cœpit. Quam differentiam, eò quòd in causis matrimonialibus dumtaxat etiam in foro Ecclesiastico servatur, supra exposui ad §. 4. *de nupt.* Primus autem & potissimus hujus disputationis usus jure civili in hæreditatibus cernitur; atque ob hanc causam ait Imperator Necessarium esse hoc loco exponere, quomodò gradus cognationum numerentur. Itaque proposita primùm divisione cognationis respectu linearum, in quibus gradus collocantur, gradus ipsos deinde specialiter enumerat, eorumdemque numerandorum rationem hoc titulo ostendit. Gradus Jurisconsulti μυταφορικῶς vocant ipsam generationum seriem, quòd alii ab aliis quasi gradibus quibusdam oriantur. Gradus, inquit Paulus, dicti sunt à similitudine scalarum locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut à proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus; *d. l. ult. §. grad. 10. de grad. & affin.*

Aliam supra, aliam infra, aliam ex transverso] Linea graduum cognationis duplex est; una recta & perpendicularis; altera transversa sive lateralis: illa vel est superior, in qua sunt parentes, id est, omnes adscendentes: vel inferior, in qua liberi, id est, descendentes: hæc eorum est qui ex latere veniunt; fratrum scilicet & sororum, & qui ex his generantur, item patruorum &c. Estque vel æqualis, in qua latera utrinque coeunt; quæ scilicet eorum est, qui pari gradu distant à communi parente: vel inæqualis, cum alter est remotior; ut patruus & fratris filius. Recta linea & sursum & deorsum initium capit à primo gradu; transversa autem incipit à gradu secundo; *l. 1. §. 1. λεγόμενα, de grad. & affin. & hoc text. in fin.* Ut ecce: Pater rectâ generat filium; filius rectâ generatur à patre, & ita deinceps adscendendo aut descendendo progrediendum: totidemque gradus numerandi, quot sunt generationes. Lateralis autem cognatio ex alio originem trahit, quàm de cujus hæreditate agitur; puta fratris ex patre aut matre, patrui & avunculi ex avo & avia: nam frater, verbi causa, à fratre non generatur; sed ut ortus utriusque auctor est communis parens: ita & conjunctio eorum ab eo pendet. Itaque quamvis gradus semper numerentur per generationes; id tamen in cognatione laterali fit serie nonnihil diversa. Etenim cùm à latere ad latus perveniri non possit, nisi per eum transeas, à quo veluti communi limite utrumque latus descendit; necesse est, primùm ut ab eo, de cujus cognatione quæritur, ad communem cognationis auctorem, ἐπὶ τὸ τῆς συγγενείας αἴτιον ἀφίκοιτο, ut *Th. de l. agn. succ. in pr.* sursum progrediare; & inde rursus deorsum ad alterum, de quo & ipso quæritur. Quamobrem si quæratur: Frater quoto gradu à fratre distet; primùm ab uno fratre adscendendum est ad caput utriusque, patrem scilicèt: deinde descendendum ad alterum fratrem; & comperiemus, fratres duobus gradibus inter se distare. Ut ecce: Ego genitus à patre meo; hic habes unum gradum: idem pater meus genuit Titium fratrem meum; hic habes alterum. Pari ratione si quæras: quoto gradu patruus tuus tibi conjunctus sit; adscende primùm ad avum vestræ cognationis communem limitem: deinde iterum descende ad ejus filium, qui est patruus tuus, & reperies eum tibi conjungi tertio gradu cognationis. In remotioribus longiori circuitu opus est: eadem tamen proportio servatur; numera enim generationes, & gradus numeraveris. Atque hæc est perspicua, germana, ipsique naturæ prorsus consentanea graduum numeratio.

TEXTUS.

De 1. 2. & 3. gradu.

3. *Primo gradu est supra pater, mater; infra filius, filia. 2. Secundo gradu supra avus, avia; infra nepos, neptis: ex transverso frater, soror. 3. Tertio gradu supra proavus, proavia; infra pronepos, proneptis: ex transverso fratris sororisque filius, filia; & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est patris frater, qui Græcis πατράδελφος appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græcè μητράδελφος dicitur: & uterque promiscuè θεῖος appellatur. Amita est patris soror, quæ Græcè πατραδέλφη appellatur. Matertera verò matris soror, quæ Græcè μητραδέλφη dicitur: & utraque promiscuè θεία appellatur.*

NOTÆ.

3. *Fratris sororisque filius*] Qui Græcè ἀδελφιδοῦς dicitur; id est, fratruelis: filia fratris ἀδελφιδῆ.

Πατράδελφος, Μητράδελφος] Hæc nomina modò citati non agnoscunt; nec satis Græca sunt; nam non solent Græci composita efferre terminatione fœminina, sed uno communi nomine & frater & soror patris πατράδελφος, frater & soror matris μητράδελφος Græcis dicitur. Pollux *in onomastic.*

COMMENTARIUS.

IN his §. nihil est, quod interpretem desiderer. Nomina Græca, quæ hic addita, non sunt apud Gajum *l. 1. §. 3. & 2. seqq. de grad. & affin.* & quædam etiam desunt, quæ aliter leguntur in aliis editionibus. Pro πατράδελφος & μητράδελφος apud Cujac. Hot. Cont. Wesemb. legitur πατρῷος & μητρῷος, quomodò & Theophilus habet. Illa autem πατραδέλφη, & μητραδέλφη non agnoscunt, nec satis Græca sunt: quoniam Græ-

Græci non solent composita efferre terminatione fœminina; & disertè Pollux in ὀνομαστικῷ scribit, τὴν πατρὸς ἀδελφὴν πατράδελφον, τὴν δὲ μητρὸς μητράδελφον appellari, Θεῖος & Θεῖα communia nomina esse constat, quibus promiscuè fratres & sorores tam patris, quàm matris appellantur. In calce §. 3. inter Θεῖα & *appellatur*, in nonnullis editionibus interpositum est, *quæ etiam* τιτθὶς, quod interserit etiam Theophilus, quamvis fortassis de suo ut paraphrastes. Planè Polluci τιτθὶς est ἡ μητράδελφος. Hesychio & Suidæ Θεῖα, tam patris, quàm matris soror, sed apud hos legitur τηθίς. Fratris sororisque filii & filiæ speciale cognationis nomen apud Romanos non habent; *l. ult. §. tertio 14. de grad. & affin.* Apud Græcos habent, & eleganter fratris filius ἀδελφιδοῦς, filia fratris ἀδελφιδῆ vocatur. Erasmus & Valla ἀδελφιδοῦς patrueles vertunt: quo nomine rectè notatur à D. Giphanio. Æacus Plutonis ἀδελφιδοῦς apud Lucianum, Jovis & Æginæ filius, Fratruelis, Gloss. & gr. lat. ἀδελφιδοῦς, fratruelis, fratris filius, vel fraternus.

Textus.

Quartus gradus.

4. *Quarto gradu supra abavus, abavia; infra abnepos, abneptis: ex transverso fratris sororisque nepos neptisve; & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror: item avunculus magnus & matertera magna, id est, aviæ frater & soror: consobrinus, consobrina, id est, qui quave ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam rectè consobrinos eos propriè dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos; eos verò, qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ nascuntur; sorores patrueles appellari. At eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos propriè dici putant. Amitæ tuæ filii consobrinum te appellant; tu illos amitinos.*

Notæ.

4. *Quidam rectè consobrinos, &c.*] Qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt; fratres & sorores patrueles propriè appellantur; qui quæve ex duabus sororibus, consobrini consobrinæque, quasi consororini: qui quæve ex fratre & sorore, amitini & amitinæ; *l. 11. §. 6. L. ult. §. 15. hoc tit.* ubi tamen SCti testantur, hos omnes à plerisque communi appellatione consobrinos vocari.

Commentarius.

Hæc quoque sunt perspicua quoad rem ipsam. Illud tantùm notandum; quòd tum qui ex duobus fratribus, tum qui ex duabus sororibus, item qui ex fratre & sorore nati sunt, propriis quidem nominibus distinguuntur, sed quorum plerisque vulgò promiscuè utimur Nam & qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt fratres & sorores patrueles propriè appellatis: qui quæve ex duabus sororibus; consobrinos consobrinasque, quasi consororinos; qui quæve ex fratre & sorore; amitinos & amitinas dici tradunt Gajus *l. 1. §. quarto 6. & Paul. l. ult. §. quarto 13. de grad. & affin.* ubi tamen hos omnes à plerisque uno communi nomine consobrinos vocari testantur: quemadmodum apud Belgas quoque hi omnes dicuntur *Susterlingen*, quod respondet τῷ *consobrini*. Et quamvis amitini numquam inter se duo sint, quoniam qui alteri amitinus est, is ab eo consobrinus nominatur; ut in *fin. hujus §.* etiam Justinianus indicat: tamen ex sorore & fratre natos mutuò amitinos quoque dici significant. Ex quo hoc etiam apparet; consobrinorum nomen non posse restringi ad solos duarum sororum liberos; nam avunculi filium non alio nomine propriè appellare possum, quàm consobrini. In lege Pompeja de parricidiis, appellatione patruelium videtur significari fratres & sorores consanguinei; matruelium uterini; *§. l. 1. de parricid.* Nec enim potes illo loco patruelem & matruelem consobrinos interpretari cum Bachovio; tum quia non debent consobrini præponi patruo & avunculo; tum etiam quia eodem loco post patruum & avunculum collocantur consobrinus & consobrina; ut benè observavit D. Cujac. *6. obs. 17.* ubi refert etiam Græcos patruelem interpretatos ὁμοπάτριον, ὁμομήτριον, fratrem sororemque uterinos. Itaque & qui ex duobus fratribus orti sunt, fratres patrueles rectè appellabimus, & ipsos quoque fratres consanguineos: illos; quod per patres conjunguntur: hos; quòd eumdem patrem habeant. Idemque sentio de fratribus matruelibus.

Textus.

Quintus gradus.

5. *Quinto gradu supra atavus, atavia; infra abnepos, abneptis: ex transverso fratris sororisque pronepos, proneptis; & convenienter propatruus, proamita, id est, proavi frater & soror, & proavunculus & promatertera, id est, proaviæ frater & soror, item fratris patruelis vel sororis patruelis: consobrini & consobrinæ, amitini & amitinæ filius filia: propior sobrino; propior sobrina. Hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ, filius, filia.*

No-

NOTÆ.

5. *Propius sobrino*] Dicitur & propior sobrino; *dict. leg.* 1. §. *ult. leg. ultim.* §. 16. *vers. personæ*, *eod.* & propior sobrinus; *l.* 2. *Cod. und. l.* Græci προσεχῶς ἐγγύτερον appellant in *l.* 2. *C. comm. de success.*

COMMNETARIUS.

PRopior sobrino] Propior sobrino, sobrina, & propius sobrino, sobrina: item propior sobrinus, sobrina, & propius sobrinus sobrina, rectè omnimodò dicetur; *l.* 1. §. *ult. l. ult.* §. *quinto* 16. *vers. personæ*, *de grad. & affin. l.* 2. *C. unde l. Paul.* 4. *sent.* 11. Festus in verbo *propius*. Usitatius tamen est *propior sobrino*, pro quo Tacitus 12. *annal.* dixit *sobrina prior*. *Lepida*, inquit, *minore Antonina genita, avunculo Aug ustâ, Agrippinæ sobrina prior*, &c. *parem sibi claritudinem credebat*. Neque enim necesse est, ut cum Cujacio & Giphanio pro *prior* legamus *propior*; nam utrique voculæ eadem vis; ut benè Lipsius. Est autem propior sobrino, sobrina, patris ejus, de cujus cognatione quæritur, consobrinus, consobrina; *d. l.* 1. §. *ult. & l. x. eod.* cui vicissim ille est consobrini filius; *d. l.* 1. §. *ult. & hoc textu*. Sic Lepida cùm esset Germanico patri Agrippinæ consobrina; (nam ab Agrippina vocata est sobrina propior Agrippina illi consobrini filia. Verùm ut confusa est utrinque amitini & consobrini appellatio; ita factum arbitror, ut propiori sobrino ego etiam vocer propior sobrinus; *l.* 2. *C. unde legit. Fest. d. loc.* ubi ait: Propius sobrino mihi esse consobrini mei filium & patris mei consobrinum.

TEXTUS.

Sextus gradus.

6. *Sexto gradu supra tritavus, tritavia; infra trinepos, trineptis: & transverso fratris sororisque abnepos, abneptis; & convenienter abpatruus, abamita, id est, abavi frater & soror: ab avunculus, abmatertera, id est, abaviæ frater & soror; item propatrui, proamitæ, proavunculi, promaterteræ filius, filia: item propius sobrino sobrinave, filius, filia; item consobrini, consobrinæ nepos, neptis: item sobrini, sobrinæ, id est, qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus, vel consobrinis, vel amitinis progenerantur.*

NOTÆ.

6. *Item propius sobrino sobrinave, filius, filia*] Hæc verba omninò inducenda sunt. Nam filius & filia propioris sobrini sobrinæve, aut mihi est nepos vel neptis consobrini & consobrinæ, aut sobrinus vel sobrina. Quæ personæ mox reperiuntur.

Consobrini, consobrinæ, nepos, neptis] Malè omninò Gothofr. hæc verba expunxit, & retinuit præcedentia.

COMMENTARIUS.

ITem propius sobrino sobrina, filius, filia,] Hæc verba omninò inducenda sunt, ut superflua. Etenim filii & filiæ proprioris mei sobrini & sobrinæ, aut sunt mihi nepotes ac neptes consobrini & consobrinæ aut ipsi mihi sobrini & sobrinæ: quorum utrorumque mox fit mentio. Hoc autem dempto, cætera rectè habent: neque aut plura demere cum Cujacio, aut ordinem murare cum Hotomanno aut Vvesembecio necesse est. Omninò enim malè Gothofredus verba ista retinuit, illa autem *Item consobrini* &c. expunxit.

Item consobrini, consobrinæ nepos, neptis] Hotomannus ex Gajo *l.* 3. *de grad. & affin.* sic restituit: *Item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini, consobrinæ, amitini, amitinæ nepos, neptis*. Nulla tamen necessitate: quoniam, ut supra notatum est, generali consobrinorum appellatione patrueles quoque & amitini continentur.

Qui quæve ex fratribus patruelibus] Sobrinorum nomina, ut patruelium & consobrinorum, inter se referuntur; ut qui mihi sobrinus est, ego ei vicissim sim sobrinus. Ne quis igitur ex hoc loco existimet, fratris patruelis, &c. filium sobrinum dici. Sententia enim Imperatoris hæc est, Utrinque sobrinos dici eos, qui ex duobus patruelibus ex amitino & consobrino, ex duobus item consobrinis nati sunt: quos nos *achtersusters Kinderen* vocamus. Hoc gradu propria cognationis nomina definunt; *l. ult.* §. *ult. de grad. & affin.*

TEXTUS.

De reliquis gradibus.

7. *Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippè semper generata persona gradum adjicit; ut longè facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quàm propriè cognationis appellatione quemquam denotare.*

NOTÆ.

7. *Generata persona gradum adjicit*] Id est, unaquæque generatio gradum facit. Itaque ex numero generationum constituendus erit numerus graduum. Jus autem Canon. alia denumeratione utitur in linea transversa: quæ tamen in causis matrimonialibus dumtaxat servatur; *v. cap. ad sedem, c. parentel. c.* 35. *q.* 5.

Com-

COMMENTARIUS.

Eneratæ personæ gradum adjicit] Quantum numerus generationum, tantumdem excrescit numerus graduum. Quippè unaquæque generatio gradum facit. Et ideò in quavis quæstione proposita videndum; quot inter utramque personam generationes extiterint; atque ex earum numero constituendus erit numerus graduum.

TEXTUS.

De gradibus agnationis.

8. *Adgnationis quoque gradus eodem modo numerantur.*

COMMENTARIUS.

Rectè Hotomannus hunc locum sic interpretatur, non quasi Justinianus dicere voluerit, agnationis gradus eodem modo numerari sicut cognationis; tam enim agnatorum, quàm cognatorum hactenus mentio facta: sed hoc, etiam agnationis gradus eadem, quam modò dixit, ratione crescere, nimirum ut semper persona generata adjiciat gradum.

TEXTUS.

De graduum descriptione.

9. *Sed cùm magis veritas oculata fide quàm per aures animis hominum infigatur; ideò necessarium duximus, post narrationem graduum, eos etiam præsenti libro scribi, quatenus possint & auribus & oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.*

NOTÆ.

9. *Oculata fide*] Sensuum omnium certissimus est oculus: multòque perfectiùs rei cujusque cognitio ex oculorum sensu, quàm aurium percipitur. Aristot. *περὶ αἰσθήσεως*. Horat. in *art.* Herod. *Clio*. Dio Chrysost. *orat.* 12. Polyb. 12. *ὀφθαλμοὶ τῶν ὤτων ἀκριβέστεροι μάρτυρες*.

COMMENTARIUS.

Rei cujusque cognitio certiùs ex oculorum sensu, quàm aurium percipitur. Cujus rei rationem Aristoteles *περὶ αἰσθήσεως*, hanc affert, quòd adspectus per se ac vi sua, nulliusque alterius opera percipit; auditus verò per accidens & opera aliena. Sanè quia quæ videmus in propinquo sunt; ideò ea nos magis afficiunt, quàm quæ audimus, quæ absunt ferè, & ideò non ita movent. Poeta in arte:

Segniùs irritant animos demissa per aurem,
Quàm quæ sunt oculis commissa fidelibus.

Hoc Candaules credidit, & in Gige cum amissione regni expertus est, quæ oculis hauriuntur, celeriùs ad animum accedere, quàm quæ aurium via manant. Polyb. 12. *ὀφθαλμοὶ τῶν ὤτων ἀκριβέστεροι μάρτυρες*.

Præsenti libro scribi] Hæc graduum cognationis descriptio periit temporum injuria. Sed nullo negotio similis delineari; & in tabula repræsentari potest: quod cùm etiam à plerisque factum sit, quorum commentarii in manibus candidatorum juris versantur; nobis nihil opus est, hic item tabulam aliquam exhibere.

TITULUS VII.

DE SERVILI COGNATIONE.

Dig. Lib. 38. tit. 2. C. Lib. 6. tit. 4.

TEXTUS.

Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra Constitutione, quam pro jure patronatus fecimus, (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum, & undique confusum fuerat) & hoc humanitate suggerente concessimus; ut si quis in servili constitutus consortio liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive ex servilis conditionis muliere: vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus; & ad libertatem his pervenientibus, ii qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint & posteà ad libertatem pervenerint; ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos etenim liberos non solùm in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem mutuam vocavimus, ex illa lege specialiter eos vocante, sive soli inveniantur, qui in servitute nati & posteà manumissi sunt, sive unà cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt; sive ex eodem patre, sive ex eadem matre, sive ex aliis nuptiis,

ad similitudinem eorum , qui ex justis nuptiis procati sunt.

NOTÆ.

De servili cognat.] Hic locus nullam novam in Græca paraphrasi inscriptionem habet, nec in plerisque manuscriptis; teste Fabrot.

Ad serviles cognationes non pertinere] *L.* 1. §. 2. *unde cogn. l. ult.* §. 5. *de grad. affin.* id est, ne post manumissionem quidem: nam servus succedere aut successorem habere non potest; *leg.* 4. *C. comm. de success.*

Nostra Constitutione] Desideratur hæc Constitutio, v. Cujac. 20. *obs.* 34.

Liberum vel liberos] *Liberum*, numero unitatis; *v. sup.* §. 2. per quas. pers. Satis erat dicere, *liberos habueris*, *l.* 148. *de verb. sign.*

Sive ex aliis nuptiis] Vide comm. etiam Cujac. & Hotom. *qualicumque copulatione*. Sed tamen nati ex nefario & damnato coitu succedere nequeunt.

COMMENTARIUS.

NOtant ferè recentiores omnes; In plerisque manuscriptis & in Græca paraphrasi hunc locum nullam novam inscriptionem habere; sed cohærere titulo præcedenti: cujus etiam partem esse arguit collatio ordinum & graduum, quæ hoc eodem loco instituitur. Sed age, rem ipsam videamus. Erimus autem tum in hujus, tum in sex proximè seqq. tit. explicatione solito breviores, ne nimium hoc opus excrescat curiosa tractatione earum rerum, quæ nullum aut perexiguum usum nunc habent.

Ait, Neque edicti Prætoris eam partem, qua bonorum possessio cognatis defertur, neque legem ullam antiquam ad cognationes serviles pertinere. Ex Ulpian. *l.* 1. §. 2. *unde cogn. & Paul. leg. ult.* §. *non parcimus* 5. *de grad. & affin.* Quod sic intelligendum est; Non pertinere edictum aut leges antiquas ad servorum cognationem etiam postquàm manumissi sunt; nam quamdiu servitutem serviunt, nec successorem habere possunt, nec ipsi alteri succedere, *l.* 4. *Cod. commun. de success.* neque novi juris, quæ sequitur Constitutio ad servos, quamdiu in servitute manent, pertinere potest.

Nec ulla antiqua lege talis cognatio] In causa videlicet successionis, de qua hic agitur. Nam in nuptiis etiam jure antiquo servilis cognationis ratio habetur; nuptiisque impedimento est, si fortè pater & filia, frater & soror, manumissi fuerint; §. *illud sup. de nupt. l. adoptivus* 14. §. 2. *& 3. de rit. nupt.* Quo loco etiam diversi juris ratio indicatur; hæc nimirum; Quòd in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspicitur. In successionibus autem naturalis servorum cognatio insuper habita fuit; *dict. l. ultim.* §. *non parcimus* 5. *de grad. & affin.* Itaque si, verbi causa, ancilla cum liberis, quos in servitute pepererat, manumissa fuerat, neque liberi ex Senatusconsulto Orficiano ad hæreditatem defunctæ matris, neque mater ex Senatusconsulto Tertylliano ad hæreditatem liberorum, & neque hæc neque illi ad bonorum possessionem ex parte edicti Unde cognati proximi vocabantur: licèt inter matrem & vulgò quæsitos invicem capiendæ hæreditatis & accipiendæ bonorum possessionis jus esset.

Sed nostra Constitutione] Desideratur hæc Constitutio. Epitomen ejus in membranis quibusdam Latinè expressam atque à se repertam, Cujacius exhibet; *lib.* 20. *observ.* in qua tamen epitome tantùm jura patronatus definiuntur. Eodem loco repræsentat ex Basilicis Constitutionem Græcam, quam putat esse integram hanc Justiniani. Sanè Græcè scriptam fuisse testatur ipse Justinianus; §. 3. *seq. tit.*

Humanitate suggerente] Et si servilis cognationis, quamdiu durat servitus, in causa successionis ratio haberi non potest; potest tamen servitute sublata. Atque adeò plenum humanitatis est; tunc in hac etiam causa cognationem illam naturalem spectari.

Ut hi omnes ad successionem] Igitur hac Constitutione Justiniani nati ex servis ancillisve; si parentibus manumissis ipsi quoque manumissi sint superstites; eis ab intestato succedunt, exclusis patronis, à quibus ipsi antea excludebantur.

Alterum in alterius successionem mutuam] Ita ut non solùm parentibus, sed etiam ipsi manumissi fratres & sorores inter se succedant. Quod tamen ego sic accipiendum esse existimo; si (quod multis modis accidere potest) patronus deficiat, nam liberis non extantibus; expressè statim patronum ad liberti intestati successionem ipse Justinianus vocat: idque eadem Constitutione, quam hic significat, *dict.* §. 3. *vers. fin. autem, tit. seq.* Quamvis sanè fratres patrono præferendos arguat; *l.* 2. *C. ad Senatusc. Tert.* Sed non est eadem ratio patris & filii emancipati, quæ liberti propriè dicti & patroni, utique postquàm fratres in successione patri prælati sunt, *l.* 4. *Cod. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de succ.* ad quos jus Tribonianus *d. l.* 2. interpolando conformavit.

Sive soli inveniantur] Quare non modò qui nati in servitute posteà manumissi sunt inter se ab intestato succedunt; sed etiam cum aliis, qui post parentum libertatem nascuntur.

Sive ex aliis nuptiis] Verbum *nuptiis* tollendum esse censent Cujac. Cont. Hotom. Giphan. auctoritate quorumdam manuscriptorum & Theophili, apud quem tantùm est *ἐκ τῶν διαφόρων*. Ut horum verborum, *Sive ex aliis*, hic sit sensus; Sive ex alio & diverso patre, sive ex alia seu diversa matre. Sed contra hos insurgit Bachovius, & maximè in Cujacium. Ego in hac eorum lite Palæmon.

TEX-

TEXTUS.

Collatio ordinum & graduum.

1. *Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus; apparet, non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Cum enim prima causa sit suorum hæredum, & eorum, quos inter suos hæredes enumeravimus; apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quàm fratrem aut patrem aut matrem defuncti: cùm alioqui pater quidem & mater (ut supra quoque tradidimus) primum gradum cognationis obtineant: frater verò secundum; pronepos autem tertio gradu sit cognationis; & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non; quod vel emancipatus, vel ex emancipato aut fœmineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis hæredibus, & quos inter suos hæredes vocari diximus, adgnatus, qui integrum jus habet adgnationis; etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quàm proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel matertera præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt: quoties neque suorum hæredum quique inter suos hæredes sunt, neque adgnationis jure aliquis præferri debeat; secundùm ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt; tamen præferuntur cæteris ulterioris gradus adgnatis.*

NOTÆ.

1 *Exceptis fratre & sorore emancip.*] Ex Constitutione Anastasii §. 2. *sup. d. tit.* item sorore uterina & sororis consanguineæ sive uterinæ filiis & filiabus; §. 4. *sup. de l. agn. succ.* Hodie adgnatorum & cognatorum jura confusa sunt; *Nov.* 118. ubi Just. tres novos ordines succedentium fecit. 1. Descendentium, qui reliquos omnes excludunt; in quo ordine graduum ratio non habetur. 2. Adscendentium, sed horum proximi tantùm vocantur: & cum iis admittuntur etiam fratres ex utroque parente conjuncti: & horum quoque fratrum filii concurrentes cum fratribus, non autem si soli sint, ex *Nov.* 127. 3. Lateralium; quorum soli quoque proximi vocantur; nisi quòd fratrum germanorum filii jure repræsentationis unà cum thiis suis veniunt; thiisque defuncti, ejusque fratribus ex uno latere conjunctis præferuntur.

COMMENTARIUS.

HIc locus ad ea omnia, quæ hactenus hoc libro tractata sunt, generaliter pertinet. Summa est: Duas esse succedentium prærogativas: unam in ordine; alteram in gradu: illius autem, quàm hujus potiorem rationem esse in tantum, ut qui ordine præcedit, licèt gradu sit posterior, præferatur ei, qui est posterior ordine quantumvis gradu prior.

Pronepotem vel abnepotem, &c. quàm fratrem, patrem, matrem] Conferuntur hic sui & qui suorum numero sunt cum legitimis; qui cum illis concurrere numquam possunt propter prærogativam ordinis suorum. Sed si sui inter se conferantur; hic qui gradu proximior est, puta filius, remotiorem, puta nepotem, non excludit. Nam jus repræsentationis & successio in locum patris facit, ut nepos non videatur remotior.

Amotis quoque sui hæredibus, agnatus etiamsi longissimo gradu, &c.] Agnati quoque & cæteri legitimi successores collati cum cognatis præferuntur; non ex prærogativa gradus, sed ordinis nam cognati demum in tertio loco vocantur; *sup. de succ. cogn. in pr.* Verùm inter agnatos ipsos spectatur prærogativa graduum: quoniam in hoc ordine repræsentatio locum non habet, extra quam quod novissimo jure introductum est, *Nov.* 118. *c.* 3. si fratrum filii cum patruis concurrant. Cæterum revolve, quæ tradita *tit. de leg. agn. succ.* item de Senatusc. Tertyll. §. 3. & *seq.* quæ hic inculcare non lubet. Hodie agnatorum & cognatorum jura confusa sunt; *d. Nov.* 118. ubi Justin. tres novos ordines succedentium fecit; unum descendentium; alterum adscendentium; tertium collateralium. Descendentes reliquos omnes excludunt; neque inter eos gradus prærogativa servatur. Cum adscendentibus admittuntur fratres ex utroque parente conjuncti eorumque filii; cæteri laterales ab iisdem excluduntur; inter ipsos autem succedunt tantùm proximi, *d. Nov.* 118. *c.* 1. & *Nov.* 127. Lateralium quoque proximi solùm vocantur, nisi quòd fratrum germanorum filii jure repræsentationis simul cum patruis & avunculis suis veniunt; & patruis avunculisque defuncti, ejusque fratribus ex uno dumtaxat latere conjunctis præferuntur: his jure plenioris sanguinis: illis jure quadantenus descendentium: qua de re supra explicatum est diligentiùs.

TITULUS VIII.
DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 2.

Ratio ordinis, & summæ tituli.

HUcusque disseruit de successione ingenuorum: sequitur nunc de successione libertorum, id est, de jure succedendi in bonis libertorum. Vox enim successionis hic non activè; ut in præcedentibus, sed passivè accipitur, non qua libertus succedit alii, sed qua ipsi liberto succeditur. Circa hæreditates libertorum mira extitit juris varietas. Aliud lege 12. tabularum constitutum fuit; aliud Prætores introduxerunt: quod actum posteà lege Papia; postremò aliter hanc causam definivit Justinianus: quæ singula hic ordine referuntur & explicantur.

TEXTUS.

Qui succedunt. De lege 12. Tab.

Nunc de libertorum bono videamus. Olim itaq; licebat liberto patronum suum impunè testamento præterire: nam ita demum lex duodecim tabularum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esses libertus, herede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberto, si is suum heredem reliquisset; patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et siquidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela: si vero adoptivus filius fuisset; aperte iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

NOTÆ.

Hærede suo nullo relicto] Nam primùm suis hæredibus liberti deferebat lex hæreditatem, Ulp. *l. 3. pr. de suis & l. & in fragm. tit. 27. & tit. ult. in pr.*

Apertè iniquum erat] Cur verò magis iniquum in patrono, quàm in patre, matre, fratribus, &c. ingenui? Fortè ne alioqui duras nimis conditiones patroni libertis suis in præstanda libertate imponerent; Hotom. *arg. l. 1. de bon. libert.*

COMMENTARIUS.

1. *Legem 12. tab. non alio jure patronum censuisse, quàm agnatorum.*
2. *Cur magis iniquum visum, patronum ab adoptivis excludi, quàm patrem, fratrem, &c.*

NAm *ita demum lex 12. tab.*] Argumentum ex contrariis, quo probat, jure antiquo 12. tab. licuisse liberto testato decedenti patronum impunè præterire. Collectio hæc est: Lex 12. tabularum patronum nominatim vocat ad hæreditatem liberti intestato mortui: ergo in bonis liberti testato mortui nullum jus patronum habere voluit, si videlicet testamento præteritus, nihilve ei relictum sit.

Hærede suo nullo relicto] Intestato liberto mortuo, lex duodecim tabularum primùm suis hæredibus defert hæreditatem: si hi non fuerint; tunc patrono; *Ulp. l. 3. in pr. de suis & leg. & in fragm. tit. 27. & tit. ult. in pr.* ubi sic scribit; *Civis Romani liberti hæreditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo hærede libertus decesserit. Ideòque sive testamento facto decedat, licèt suus hæres ei non sit, seu intestato & suus hæres ei sit, quamvis non naturalis, sed uxor, puta, quæ in manu fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil præstat.* Hinc verò apparet, legem non alio 1
jure patronum censuisse, quàm agnatorum, qui & ipsi ab intestato post suos hæredes vocantur, & testamento præteriri possunt. Quod autem primo loco & solum post suos hæredes patronum lex vocat; mirum non est: quoniam liberti agnatos non habent.

Si adoptivus filius, apertè iniquum] Patronum à liberti liberis naturalibus, id est, procreatis justo matrimonio excludi, indignum visum non est; at iniquum visum, eundem excludi etiam ab adoptivis & adscititiis. Cur verò inquis in patrono id minùs ferendum fuit, quàm in patre, matre, fratribus, sororibus reliquisque agna- 2
tis & cognatis, quibus omnibus filium adoptivum in hæreditate ingenui præferri constat? Putat D. Hotomannus: Prætorem ideò plus juris patronis in bonis libertorum concessisse, ne alioqui duras nimis conditiones libertis suis in præstanda libertate imponerent; *arg. l. 1. de bon. lib.* Sed & illud duriusculum visum: posse patronum per quemvis hæredem testamento liberti scriptum repelli. Cæterum erat hoc consequens liberè testandi facultati lege duodecim tabularum civibus omnibus datæ.

TEXTUS.

De jure prætorio.

1. *Qua de causa posteà Prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus; jubebatur ita testari, ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret: & si aut nihil aut minus parte dimidia reliquerat; dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidia bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur,*

batur,

batur, suo herede relicto filio adoptivo; dabatur æquè patrono contra hunc suum heredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant ad excludendum patronum naturales liberi: non solùm quos in potestate mortis tempore habebat; sed etiā emancipati & in adoptionem dati: si modò ex aliqua parte scripti heredes erant; aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto prætorio petierant. Nam exheredati nullo modo repellebant patronum.

NOTÆ.

1. *Dimidiam bonorum*] Non tamen admittebatur patronus contra ea bona liberti, quæ in castris quæsita; *l. 3. §. 6. de bon. libert.*

Æquè patrono dabatur, &c. bonorum possessio] Th. [illegible] contra tabulas. Sed aut somniavit, aut corruptus est. Quid enim contra tabulas liberto intestato mortuo?

Si modò ex aliqua parte scripti] Hæc clausula pertinet ad datos in adoptionem.

Exheredati nullo modo, &c.] Intellige; nisi per querelam testamentum ut inofficiosum evertissent.

COMMENTARIUS.

PRætor duo mutavit. Primum testandi licentiam in liberto coercuit: jussitque, libertum ita testari, ut patrono non minùs parte dimidia bonorum relinqueret, data patrono partis dimidiæ bonorum contra tabulas possessione, si aut nihil, aut minus parte dimidia ei relictum esset. Cæterum quod hic simpliciter scriptum est; id hanc habet exceptionem, nisi libertus liberos naturales, sive suos, sive emancipatos (nam liberi adoptivi jure prætorio non plus juris contra patronum habent, quàm extranei) hæredes instituerit: quippè à quibus & non facto testamento patronus excluderetur; *Ulp. d. tit. ult. in pr.*

Sive intestatus relicto filio adoptivo] Hoc alterum est, quod in hac causa mutavit Prætor. Nam lex 12 tabularum, etiam adoptivo filio suo hærede existente, patronum in totum ab hæreditate liberti intestato mortui excludebat. Quia suus hæres edicto verò Prætoris ex parte dimidia admittitur.

Et in adoptionem dati] Liberi naturales in adoptione dati, quamdiu in familia adoptiva sunt, quasi liberi ad bona patris naturalis non admittuntur: sed tantùm ex ea parte edicti veniunt, qua vocantur cognati; *§ at hi 10. & §. 12. cum seq. sup. de hær. quæ ab int.* Patronum igitur excludere non potuerunt, nisi testamento hæredes scripti; ac proinde clausula sequens, *Si modò ex aliqua parte scripti hæredes erant*, adjecta est.

Aut præteriti contra tabulas] Hoc ad solos emancipatos referri debet. Quippè cùm bonorum possessio contra tabulas iis dari non soleat, qui tempore mortis ejus, de cujus successione agitur, in aliena familia fuerunt; *§. eadem 11. sup. de hær. quæ ab int.*

Exheredati nullo modo] Sed quid si testamentum per querelam eversum fuerit? Dubitandum non est, quin liberi patronum excludant, cùm res ad causam intestati redeat. Plura Bachovius hic.

TEXTUS.

De lege Papia.

1. *Posteà verò lege Papia adaucta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum enim est: Ut ex bonis ejus, qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quàm tres liberos habebat, (sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat) virilis pars patrono deberetur. Itaque cum unum quidem filium filiamve heredem reliquerat libertus; perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine ullo filio filiave intestatus decessisset. Cum verò duos duasve heredes reliquerat; tertia pars debebatur patrono: si tres reliquerat; repellebatur patronus.*

COMMENTARIUS.

1 *Sestertius & sestertium an idem valeant.*

SEcunda hujus juris mutatio facta est lege Papia Poppæa. Tulere hanc legem nomenque ei dederunt suffecti Coss. M. Papius Mutilus, Q. Poppæus Secundus, anno ab U. C. 761. Multa hujus legis fuere capita. Fragmenta restituit notisque illustravit vir clarissimus Dn. Jacobus Gothofredus.

Qui locupletiores libertos] Hæc igitur lex ad libertos locupletiores solummodò pertinuit, in pauperioribus antiquiora jura patronatus intacta reliquit.

Qui sestertium centum millium] Locupletiores habiti, qui sestertium centum millium patrimonium habebant: pro quo præcisè dixit Africanus Rem centum, *l. liberto 26. de bon. libert.* Hinc libertus centenarius, qui rem centum millium habet, *l. si libertus 16. de jur. patr.* Etenim, ut docet Hotom. *lib. de re numm.* duplex Veteribus enunciandi usus fuit: interdum plena oratione ut dicerent; verbi causa: Centum millia sestertium quomodo hoc extulit Justinianus hic: interdum præcisè; verbi causa, Centum sestertium, aut centum simpliciter: qua forma usus Africanus *d. l. liberto.* Ubi per octoginta & centum totidem sestertiorum millia cum intelligere certum est. Quod autem Cantiuncula & Mynsingerus hic 1 scribunt, atque in Dictionario suo prodidit Calepinus; Sestertium neutro genere & in plurali numero sestertia singula significare, & valere mille sestertios nummos, secuti auctoritatem magni illius

illius Budæi, qui hoc primus *lib. de asse* docuit; errorem esse Bachovius existimat, eoque nomine meritò Budæum ab Hotom. *d. lib. de re numm.* reprehensum. Sed videtur mihi Bachovius valdè oscitanter Hotom. inspexisse, qui hoc quidem docet & ostendit: Sestertium neutro genere à probaris Larinæ rei Auctoribus usurparum non esse; nisi quod metri causâ à Poetis id factitatum, quod & jam antea observaverat Georg. Agric. *lib. 2. de pend.* Cæterum quod porrò asserit Bachov. Sestertium neutro genere eadem significatione usurpari à Poetis, quâ masculino à cæteris, & hoc quoque ex doctrina Hotom. in eo dupliciter errat; nam nec Hotomannus id docuit; sed Agricola: & verum non esse, contra Agric. ipse Hotom. demonstrat *c. 22. de lib. de re numm.* ubi expressè scribit: Sestertia à Poetis dici solita non pro nummis sestertiis, sed pro mille nummorum summa; multis id confirmans auctoritatibus. Unus locus Juvenalis huic rei demonstrandæ sufficiet. Is *satyra* 4. Crispini cujusdam gulam exagitans sic ait:

Mullum sex millibus emis,
Æquantem sanè paribus sestertia libris.

Quod priore versu de minoribus sestertiis Poeta dixerat; sequenti de majoribus enuntiat; significat enim, totidem libras mullum istum pependisse, quot s. stertiis Poeticis emptus fuerat: nimirum sex. In eo omnes conveniunt, quòd ultra nongenta millia sestertiorum Romani non pronuntiaverint: sed cum ad mille millia ventum esset; adverbiis numeralibus usos, ut dicerent; Decies aut vicies sestertium præcisè, pro decies aut vicies centena millia sestertium. Sed desino plura. Illud tamen adhuc obiter monendum: sestertium fuisse quartam partem denarii; denarium partem vicesimam quintam aurei: ac proinde aureum continuisse sestertios centum; idemque valere centum millia sestertiorum in bonis habere, & mille aureos. De tota re nummaria plura & certiora, quàm hactenus habuimus, expectamus à C. Salmasio.

Pauciores quàm tres liberos, virilis pars patrono] Lex Papia patronum liberi centenarii seu locupletis, sive testato sive intestato mortui, in virilem ejus hæreditatis partem admittebat; si modò is pauciores, quàm tres liberos reliquisset.

Sine ullo filio intestatus] Reponendum omnino cum Russard. Cuj. Cont. Hotom. *Testatus.* Theophilus; *ἐν διαθήκῃ, Condito testamento.* Nam liberto intestato & sine liberis defuncto, solus & solidum succedit patronus tam ex edicto Prætoris, quàm ex lege 12. tab. *sup. in pr. & §. 1. Cujac. 3. obs. 13.*

Si tres repellebatur patronus] In hoc igitur differt lex Papia à jure prætorio; quod Patronus à Prætore repellebatur; etiamsi libertus unum aut duos tantùm liberos reliquisset: lege verò Papia virilem hic partem patronus obtinebat. At si libertus tres aut plures liberos reliquerat; tunc sive testato sive intestato decessisset, patronus in totum etiam per legem Papiam summovebatur.

TEXTUS.

De Constitutione Justiniani.

3. *Sed nostra Constitutio (quam pro omni natione Græca lingua compendioso tractatu habito composuimus) ita hujusmodi causam definivit: Ut siquidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam; sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successione: si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto; tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim tabularum, integrum reservavit. Cùm verò majores centenariis sint: si hæredes vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum sive plures, cujuscumque sexus vel gradus: ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint: siquidem intestati; ad omnem hæreditatem patronos patronasque vocavimus. Si verò testamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas præterierint, cùm nullos liberos haberent, vel habentes eos exhæredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierint, ita quod non possint argui inofficiosa eorum testamenta; tunc ex nostra Constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam ut anteà, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur: vel quod deest eis, ex Constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit; ita sine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur, sed ad coheredes eorum hoc onus redundet: multis aliis casibus à nobis in præfata Constitutione congregatis, quos necessarios esse ad hujusmodi dispositionem juris perspeximus; at tam patroni patroneque, quàm liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum libertarumve vocentur, sicut ex ea Constitutione intelligendum est. Et si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi sint; qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocetur successionem: & in capita, non in stirpes dividatur*

datur successio; eodem modo & in iis, qui ex transverso latere veniunt, servando. Penè enim consonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecimus.

Notæ.

3. *Nostra Constitutio*] Non extat: sed eam nobis ex Basilicis repræsentat Cujac. 20. *obs.* 34.

Pro mille sestertiis unus aureus] Cùm anteà unus aureus responderet tantùm sestertiis centum. Non igitur simpliciter legem Papiam interpretatur; sed emendat.

Vel fideicommissa] Quæ certis personis præstantur ab his, qui petunt bon. possess. cont. tab. *l.* 1. *de l. præst.* quod onus olim etiam patrono incumbebat; *l.* 4. *de cond. & dem. l.* 64. §. *ult. ad S.C. Treb.*

Usque ad quintum gradum] Mynsing. & Pac. putant: hæc verba tantùm ad eos referenda esse qui ex latere veniunt; sed refelluntur ipso tenore Constitutionis, πάτρων ἢ πατρώνισσα, ἢ παῖδες αὐτῶν, ἢ ἔγγονοι, ἢ ἀγχιστεῖς παντῶν ὡς ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τῶν πατρώνων. Additurque ἢ μόνοι, id est, & soli: nam qui ex latere veniunt, non admittuntur ad illam tertiæ partis bonorum successionem, ut mox subjicitur; sed tantùm ad successionem liberti intestato sine liberis mortui usque ad quintum gradum: nec his ulterius patronorum liberi, ut iterum verba estendunt; ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τῶν πάτρωνος, ἢ οἱ κατιόντες αὐτῶν κληρονομεῖν τοῦ ἀπελευθέρου.

Qui proximior est, &c. & in capita] *L.* 13. §. 1. & *seq. de bon. libert.* Ulpian. *tit.* 27. §. 1. & *seqq.* Nimirum hic non quæritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberti: ad cujus successionem patroni eorumque liberi non veniunt jure suorum hæredum; sed agnatorum; *l.* 2. §. 1. *unde legit.*

Commentarius.

Quoniam lex Papia nimium patronis tribuere videbatur, eò quòd certis casibus hos etiam liberis libertis centenarii exæquaret: & jure pratorio libertus sine liberis decedens cogebatur semissem omnium bonorum patrono relinquere Justinianus utrique juri derogavit, causamque sic in summa definivit: Ut in liberto minore centenario testato decedente, patronus nullum jus in successione ejus haberet. Sin autem centenario major decederet, sive testatus sive intestatus: tum si liberos reliquisset, & vel unum cujuscumque sexus, gradus, aut conditionis; patronus excluderetur, nisi fortè testamento patris liberi essent exhæredati. Si verò nullos liberos reliquisset, ab intestato patronus in solidum ut hæres esset, antiquo jure patronatus integro hoc casu servato: testamento verò facto; uti pro semisse, quem Prætor patrono decreverat; trientem sine ullo onere obtineret: atque hoc succedendi jus non solùm ipse patronus haberet: verùm etiam eo mortuo liberi ejus: & his non extantibus; patroni ex latere cognati usque ad quintum gradum: sic ut inter illos & hos proximior remotiorem excluderet, & in capita hæreditas divideretur.

Pro mille sestertiis unus aureus] Justiniani ætate cum multò minores essent hominum facultates, locupletes censebantur, qui centum aureos in bonis habebant; cùm antea ex mille aureis hoc æstimaretur. Hotomannus putat; transposita esse nomina, & pro *mille* hic substitui *centum*; uti paulò ante pro *centum mille*, quod probat Vvesemb. ego in medio relinquo.

Sin autem sine liberis.] Quid si adoptivus tantum reliquerit? Hotomannus censet; Patronum & hoc casu lege Justiniani in totum excludi. Bachov. contra in partem patronum admitti; cujus sententia verior videtur, arg. *pr. hujus tit. in fin.* & §. 1. *in pr.* item Constitutionis Græcæ relatæ à Cujac. *lib.* 20. *obs.* 34.

Vel mater sive avus maternus] Quippè quorum præteritio pro exhæredatione est; §. *ult. sup. de exhær. lib.* quod nec jure novissimo mutatum esse demonstravimus *supp. tit. de inoff. test. in pr.*

Ex Constitutione nostra repleatur] Intelligit haud dubiè Constitutionem *l. omnimodo* 30. *C. de inoff. test.* ut proinde hactenus eadem sit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

Sine onere] Et ergo in hoc quoque exæquata jura patronorum & liberorum, ut ambo portionem debitam seu legitimam sine onere habere debeant; *l.* 32. *C. de inoff. test. junct. hoc text.* cùm olim legatorum & fideicommissorum præstandorum onus, quæ liberis præteritis aut exhæredatis relicta erant, patrono incumberet; *l.* 4. *de cond. & dem. l. ejus* 64. §. *ult. ad SC. Treb.*

Usque ad quintum gradum] Pacius putat: Hæc verba ad eos tantùm referenda esse, qui ex latere veniunt, non ad liberos patroni, cum Mynsing. *ad hunc loc.* & §. 2. *inf. de bon. poss.* Sed refelluntur verbis Constitutionis Græcæ relatæ apud Cujac. 20. *obs.* 34. ac proinde nullius momenti est argumentum petitum ex *l. liberorum* 220. *de verbo. signif.*

Qui proximior est] Si unius pluriumve patronorum plures liberi sint diversi gradus; qui proximior est in successione liberti præfertur; & plurium patronorum liberi non in stirpes, sed in capita succedunt; *l. si libertus* 13. §. 1. & *seq. de bon. libert. Ulp. tit.* 27. §. 1. & *seqq.* Non est huic contrarium, quod de liberis supra relatum est; Eos parentum suorum locum occupare, inque stirpes, non in capita succedere. Quippe hic non quæritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberti, ad cujus successionem patroni corumque liberi non jure suorum hæredum, sed agnatorum jure veniunt; *l.* 2. §. 1. *unde legit.* Hactenus ergo nihil novi Justinianus.

TEXTUS.

Quibus libertinis succeditur.

4. *Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec sint alii liberti: simul & Dedititiis & Latinis sublatis, cum Latinorum successiones nullæ penitus erant: quia licèt liberi vitam suam peragebant: attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant: & quasi servorum, ita bona eorum, jure quodammodo peculii ex lege Junia Norbana manumissores detinebant. Posteà verò Senatusconsulto Largiano cautum fuerat: Ut liberi manumissoris, non nominatim exhæredati facti, extraneis hæredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus etiam supervenit Divi Trajani edictum, quod eumdem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis festinarat; faciebat quidem vivum civem: Latinum verò morientem. Sed nostra Constitutione propter hujusmodi conditionum vices & alias difficultates, cum ipsi Latinis etiam legem Juniam, & Senatusconsultum Largianum, & edictum Divi Trajani, in perpetuum deleri censuimus, ut omnis liberi civitate Romana fruantur: & mirabili modo quibusdam adjectionibus ipsas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.*

NOTÆ.

4. *Dedititiis & Latinis sublatis*] *l. un. Cod. de ded. lib. tol. un. C. de Lat. lib. toll. v. sup. §. 3. de libertin.*

COMMENTARIUS.

OLim non omnes libertini ejusdem erant conditionis: nam eorum, qui manumittebantur, quidam cives Romani fiebant; alii Latini Juniani, aut dedititii: idque vel propter qualitatem domini manumittentis, vel modum manumissionis, vel ætatem aut personam manumissi: quod *lib. 1. tit. de libertin.* latiùs explicatum est. Itaque cùm eum, quem hæredem vel ex testamento vel ab intestato habere volumus, necesse sit esse civem Romanum satis appareat, ea, quæ de jure succedendi in bonis libertorum legibus prioribus & edicto cauta sunt, ad Latinos & dedititios non pertinuisse. Quod autem Justinianus monet: Ea quæ ipse de eadem re constituit, ad liberos Latinos & dedititios non pertinere, sublata jam rum Latina & dedititia libertate; parum subtile est.

Latinorum legitimæ successiones nullæ] Neque testamentariæ. Nam Latini nec testamentum facere, neque omnino hæredem habere poterant, sicut nec ipsi hæredes esse. Hæc enim omnia; jus testamenti faciendi; jus capiendæ hæreditatis; item hæredis habendi, propria erant civium Romanorum. Quare nec intestati Latini decessisse dici poterant; *l. 1. in pr. de suis & l.* Libertorum verò civium Romanorum ut testamentariæ ita & legitimæ successiones erant: nam eorum intestatorum hæreditas primùm suis hæredibus deferebatur, deinde patronis eorumque liberis tamquam agnatis; quibus quæ defertur, in edicto Prætoris in specie legitima dicitur: *tit. unde legit.*

Iure quodammodò peculii] Nam mortuo liberto Latino Juniano, patronus bona ejus, non tamquam hæreditatem, sed eodem jure ex lege Junia occupabat, quo dominus peculium servi, pater filii retinet. Unde si patronus cum liberis suis simul extraneos quosdam hæredes instituisset, bona hujus liberti dividebantur communiter inter suos & extraneos hæredes: quemadmodum peculium servi aut filii dividitur inter hæredes domini aut patris.

Extraneis hæredibus eorum] Id est, extraneis hæredibus manumissorum seu patronorum. Ut ecce; L. Titius, qui libertum Latinum habebat, decessit, liberis suis & quibusdam extraneis hæredibus institutis; moritur deinde libertus; ex lege Junia unà cum liberis Titii extranei scripti hæredes ad bona liberti veniunt. Ex Senatusconsulto autem Largiano soli veniunt liberi Titii. Tota via in hoc explicando deerravit Hotomannus, iis quoque, quæ paulò ante dixerat manifestè contraria tradens. Meminit Justinianus Senatusconsulti Largiani *in l. un. C. de Lat. lib. toll. & Nov. 78. in pr.*

Divi Trajani edictum] Edicto Divi Trajani cavetatur; ut Latinus Junianus, qui invito ignorante ve patrono jus civitatis Romanæ beneficio Principis adeptus esset, viveret quidem ut civis Romanus; moriens autem liberti Latini exitum faceret; id est, ut bona ejus quasi peculii jure ad patronum pertinerent. Hujus edicti mentio item fit *in d. l. un. in pr. & §. ult. C. de Lat. lib. toll.*

Sed nostra Constitutione] Ea est *d. l. un. C. d. tit.* qua, ut antea ingenuos omnes Antonius civitate donavit; *l. in orbe 17. de stat. hom.* ita Justinianus libertinos omnes civitates donatos exæquat. Novissimè libertinos omnes tantùm non exæquavit ingenuis; *Nov. 78.*

TITULUS IX.
DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 4.

Continuatio.

Hic titulus moderationem continet proximè præcedentis. Nam quod generaliter ibi definitum est: Patrono mortuo, ad liberos ejus, qui gradu proximi sunt bona liberti ex æquo pertinere, id hanc habere exceptionem hoc titulo docemur. Nisi uni ex liberis libertum assignaverit, hoc est, testificatus fuerit, cujus ex liberis eum libertum esse velit; *l. assignare 107. de verb. sign.* hoc enim casu is solus, cui facta est assignatio, pro patrono habetur, & in bona liberti succedit, reliquis liberis assignatoris exclusis; *l. 1. in pr. hoc tit.*

TEXTUS.

An assignari possit, & quis assignationis effectus.

In summa (quod ad bona liberorum attinet) admonendi sumus censuisse Senatum: Ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineant; tamen licere parenti, uni ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est: & cæteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla assignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant; sed ita demum pristinum jus recipiant, si is cui adsignatus est, decesserit nullis liberis relictis.

NOTÆ.

Assignare libertum] Assignare libertum est testificari, cujus ex liberis eum libertum esse velit, *l. 107. de verb. sign.* id est, jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni peculiariter attribuere.

COMMENTARIUS.

Licere parenti] Et quidem soli. Nam jus assignandi libertum parenti manumissori Senatus dedit; *d. l. 1. hoc tit.* quod iam arctè acceptum, ut liberi manumissoris libertum paternum, quantumvis à parente sibi adsignatum, liberis suis adsignare non potuerint, cùm tamen in plerisque aliis causis jure manumissorum censeremur: *l. 8. eod.*

Ita demum pristinum jus recipiant,] Ad liberos, non ad hæredes extraneos jus patronatus assignatione quæsitum transmittitur, quod intelligitur ex verbis extremis Senatusconsulti relati apud Ulp. *d. l. hoc tit. Utique si ex liberis quis in civitate esse desiisset, neque ei liberi ulli essent, cæteris ejus liberis, qui manumisit, perinde omnia iura serventur, ac si nihil de eo liberto eare liberta parens significasset.*

TEXTUS.

De sexu assignati, & de sexu graduque ejus, cui assignatur.

1. *Nec tantùm libertum, sed etiam libertam, & non tantùm filio nepotive, sed etiam filiæ neptivè adsignare permittitur.*

COMMENTARIUS.

Sed etiam libertam] Hoc ex ipsis verbis Senatusconsulti planum est: quippe quo perpetuo tam libertæ, quàm liberti fit mentio.

Sed etiam filiæ neptive] Senatus generaliter loquitur; *Si quis liberos in potestate haberet*, sine discrimine sexus aut gradus. Itaque non minùs filiæ neptivè, quàm filio vel nepoti assignari posse, intellectum est. Quin etiam præteriri posse filio nepotem adsignatoris; *l. 3. §. 1. hoc tit.* quippe cùm hoc tantùm requirat Senatus, ut liberi adsignatoris in potestate sint, non etiam ut sint sui hæredes. Perperam hæc omisit Theoph.

TEXTUS.

De liberis in potestate, vel emancipatis.

2. *Datur autem hæc adsignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos in potestate habebit, ut eis, quos in potestate habet, adsignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur: Si eum, cui adsignavit, postea emancipaverit; num evanescat adsignatio? Sed placuit evanescere: quod & Juliano & aliis plerisque visum est.*

COMMENTARIUS.

Qui duos pluresve liberos in potestate] Cùm adsignare nihil aliud sit, quàm jus patronatus quod alioqui pluribus competeret, uni propriè ac peculiariter attribuere, in eumque soli derivare; non est ex ista mandum dubitatum fuisse, an is demum adsignare possit, qui duos aut plures liberos habeat; aut si unum tantùm quis habeat, an ulla tunc esse possit assignatio; neque iste hujus loci sensus est, sed hic: Assignationem tantùm posse fieri pluribus liberis vel uni ex pluribus in potestate constitutis, ut hinc removeantur emanci-

cipati. Nimirum quemadmodum lex 12. tab. jus patronatus retineri voluit in familia; ita etiam Senatusconsultum idem jus adsignatione contractum finibus familiæ conclusit: idque ipsa verba Senatusconsulti indicant,& hic ipse locus.

Placuit evanescere] Non tantùm emancipato facta adsignatio nulla est; sed etiam facta ei, qui in potestate erat, emancipatione ejus evanescit; congruit *l. 1. in fin. eod.* De eo dubitatum; An si præter emancipatum duo existant in potestate, possit hoc casu patronus non tantùm uni ex his, qui in potestate sunt, sed simul etiam emancipato adsignare. Sed Modestinus respondit: Magis esse ut possit. Igitur quod per se non haberet emancipatus; id per conjunctam personam consequitur; ut in specie *l. 9. eod. l. ult. de lib. & post.* Quòd si unus tantùm sit in potestate, alter emancipatus, & utrique libertus adsignetur, quæ adsignatio in persona ejus, qui in potestate est, nulla est; ea propter emancipato utilis fieri non debet; ita censeo cum Cujac.

TEXTUS.

Quibus modis aut verbis assignatio fit: & de Senatusconsulto.

3. *Nec interest, an testamento quis adsignet, an sine testamento. Sed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere ex ipso SC. quod Claudiani temporibus factum est, Sabellio Rufo, & Asterio Scapula Consulibus.*

COMMENTARIUS.

Adsignari libertus potest & testamento & codicillis,& per modum contractus,aut donationis inter vivos vel mortis causa, quibuscumque verbis,epistola, chirographo, purè, sub conditione, denique nutu etiam; *l. 1. § 3. l. 7. eod.* quod procul dubio ex verbo *significasset*, quo Senatus utitur, sumptum est; & ideò ait Justinianus; Hoc patronis facere permissum ex ipso Senatusconsulto.

TITULUS X.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Dig. Lib. 37. Tit. 1.

Ratio ordinis: bonorum possessio quid: argumentum tituli.

Ex quatuor acquirendi per universitatem modis propositis, §. *ult. sup. per quas pers. cuiq. acq.* primus & præcipuus expositus est scilicet ratio acquirendæ hæreditatis jure tum testamento tum ab intestato delatæ. Succedit nunc species acquisitionis ejusdem generis secunda; seu ea hæreditatis acquirendæ ratio, quæ est ex jure prætorio per bonorum possessionem; de qua hoc titulo ex professo nunc Imperator tractat. Nam quod subinde etiam supra de jure prætorio disputatum est; id factum per occasionem, exigente hoc rerum affinitate. Bonorum possessio finitore Ulpiano *l. 3. §. 2. hoc tit.* est Jus persequendi retinendive patrimonii, sive rei quæ cujusque, cum moritur, fuit. Non ergo bonorum possessio hic accipitur, uti possessio illa rerū singularum, quæ facti est & corporalis detentionis; de qua *tit. ff. & C. de acq. poss.* sed tota juris est, & dominium tribuit: ut hæc duo præter nomen nihil commune habeant. Denique bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quàm hæreditas; *d. l. 3. in pr. & §. 1. l. 1. & l. 2. eod. l. 117. de reg. jur.* unde Græcis dicitur κληρονομία διαδοχή. Tantùm in tempore & modo acquirendi diversitas est. De fine bonorum possessionis; cum quam ea vim & unde habeat, primùm hic exponitur; deinde species ejus eo ordine, quo edicto propositæ fuerunt recensentur, ac mox quibusdam remotis quædam transponuntur: ad extremum agitur de tempore & modo bonorum possessionis petendæ.

TEXTUS.

Cur introductæ bonorum possessiones; & quis sit earum effectus.

Jus bonorum possessionis introductum est à prætore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo Prætor emendavit, sicut supra dictum est; sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus posthumus heres fuerit institutus; quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat; honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur: videlicet cum à Prætore adjuvabatur. Sed & is à nostra Constitutione hodie rectè heres instituitur, quasi & jure civili non incognitus. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia, Prætor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui rectè testamento facto heredes instituti sunt, dat secundùm tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes & agnatos ad bonorum possessionem vocat. Sed & remota quoque bonorum possessione ad eos pertinet hereditas jure civili. Quos autem

solus

solus Prætor vocat ad hereditatem; heredes quidem ipso jure non fiunt: nam Prætor heredem facere non potest; per legem enim tantum, vel similem juris Constitutionem heredes fiunt, vel per Senatusconsulta, & Constitutiones Principales: sed cum eis Prætor dat bonorum possessionem; loco heredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores. Adhuc autem & alios complures gradus Prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum Prætor ex bono & æquo dilatavit.

NOTÆ.

Bonorum possessionis] Hæc secunda species est acquisitionis per universitatem earum quatuor; quæ propositæ *sup. §. ult. per quas pers.* Bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quàm hæreditas; *l. 2. & 3. hoc tit. l. 117. de reg. jur.* Græci *ἀγαθῶν διακατοχὴν* appellant, & *πραιτωρίαν διαδοχήν*.

A nostra Constitutione] Hæc Constitutio non extat, fac. *d. §. 26. sup de legat.*

Confirmandi gratia] Id est, adjuvandi, *l. 7. §. 1. de just. & jur.*

Ipso jure non fiunt] Ipso jure hic idem valet quod jure civili; ut & alibi, *§. 11. inf. de act. §. 1. inf. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. usuf. q. cav.* Igitur hæredes ipso jure non fiunt, id est, non fiunt jure civili hæredes, etsi adeant hæreditatem, aut pro hærede gerant. Alio sensu sui dicuntur ipso jure hæredes existere.

Prætor hæredem facere non potest] Nam hæredem facere, est dominum facere; *§. ultim. sup. de hæred. qual.* quod non est Prætoris, qui nudus tantùm est Magistratus, *διοικητὴς* non *νομοθέτης*. *Custos legum, non conditor*: quamquam quædam invexit præter rationem juris, populo non obtinente:

Per legem] Utpote quæ rebus omnium tamquam Regina & domina præsidet; *l. 2. de legib.*

Per Senatusconsulta] *l. 9. d. ti. sup. de SC. Tert. & de SC. Orfic.*

Constitutione Principum] Exemplum habes *§. 3. & 4. sup. de l. agn. succ. l. pen. & ult. C. de l. hær.*

Alios complures gradus] Id est, ordines, *τάξεις*, ut sæpè alibi, *l. 1. §. 1. unde liberi, l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in bon. poss.*

Ex bono & æquo] Nam Prætor & alios successorum ordines fecit, & ordinum graduumque successionem admisit; *tit. de success. edict.*

COMMENTARIUS.

1 *Quomodò Prætor circa successiones jus vetus emendarit.*

2 *Quænam bonorum possessiones juris civilis confirmandi gratia introductæ: & quàm utiliter.*

3 *Qui jure civili succedere possunt: si maline honorario, hæredes, an bonorum possessores efficiantur.*

4 *Cur Prætor hæredem facere non possit.*

5 *Bonorum possessores vi ipsa hæredes esse, & jure prætorio dominium rerum singularum consequi: quod à plerisque minùs benè perceptum.*

6 *Scopus Prætoris in introducendis bonorum possessionibus.*

E*Mendandi juris veteris gratia*] Suprà didicimus. legem 12. tab. successiones ab intestato tam angustis finibus conclusisse, ut intra suorum hæredum & agnatorum ordinem consisteret. Postea verò multas personas, tum inter suos hæredes, tum inter agnatos, vocatas à Prætore, Senatusconsultis, Constitutionibus: Prætorem etiam tertium ordinem fecisse, in quo omnes eos vocavit, qui naturali cognatione conjuncti. Hoc significat Justinianus, cum ait: Prætorem bonorum 1
possessiones introduxisse emendandi juris veteris causa. Emendavit enim, laxando mitigandoque juris civilis rigorem, dum illo jure neglectis liberis emancipatis, cognatisque ad successionem viam aperuit. Ajo, Jure civili neglectos, nam capere nominatim prohibitis Prætor non succurrit, ne directò, quod non potest, contra leges faciat; *l. non est 12. §. 1. hoc tit. l. 12. §. 4. de pub. in rem act.* Simili quoque correctione & quadam velut impugnatione juris civilis usus est Prætor & in hæreditatibus eorum qui testati decesserunt, dando bonorum possessionem secundùm tabulas, posthumis alienis hæredibus institutis; *l. 3. sec. tab.* & contra tabulas liberis emancipatis præteritis, *§. ead. 12. sup. de hær. quæ ab int. def.*

Si alienus posthumus] Quis dicatur suus, qui alienus posthumus; item cur alienus posthumus jure civili hæres institui non potuerit, neque legatum capere, diligenter exposuimus, *lib. 2. sub tit. de legat. §. posthumo 26. add.* & quæ sub *§. 2 sup. de exhær. liber.*

Honorario jure bonorum possessor] *d. l. 3. sec. tab. l. 5. de inoff. test.* Atque ad effectum hujus juris & simul institutionis & legati respiciens dixit alibi: Posthumum alienum etiam olim hæredem institui potuisse; *§. posthumus 28. sup. de legat.* quod multis ibi argumentis confirmavimus.

Sed magis confirmandi gratia] Ait. Quasdam bonorum possessiones à Prætore etiam confir- 2
mandi, id est, adjuvandi juris veteris gratia introductas; idque declarat duplici specie bonorum possessionis: quarum una ex testamento secundùm tabulas, quam etiam rectè institutis hæredibus Prætor polliceatur: altera ab intestato

eaque item duplex: Unde liberi, & Unde legitimi quarum ad illam etiam suos hæredes; ad hanc etiam agnatos, & qui agnatorum jure censentur, invitet.

Hæredes institutì] Hæredi testamento rectè instituto scimus necessariam non esse bonorum possessionem secundùm tabulas, cùm adita hæreditate jure civili hæres fiat. Existimo etiam, Prætorem ab initio bonorum possessionem secundùm tabulas jure civili scriptas perfectasque pollicitum non esse; sed secundùm eas dumtaxat, quæ ipsius instituto scriptæ fuerant; quarum formam jus civile, quo solo hæreditas defertur, ignorabat, hoc est, quæ septem testium signis erant obsignatæ; *l. 2. C. sec. tab.* aut quæ jure civili ideò non valebant, quòd vel familiæ mancipatio vel nuncupatio non intervenerat, vel testamentum ruptum irritumve factum fuerat; *Vlpian. tit. 23. §. si septem & tit. 28. §. etiamsi, l. posthum. 12. de injust. rupt. irrit. §. non tamen sup. quib. mod. test. infirm.* Cæterum progressu temporis jus prætorium crevisse, inolevisseque, ut etiam qui rectè hæredes instituti erant aliique jure civili hæreditatem adeundo consequi poterant ad majorem cautionem, puta ut remediis prætoriis uterentur, veluti interdicto quorum bonorum *l. 1. quor. bon.* vel quia multis in rebus liberaliùs agitur cum bonorum possessoribus, quàm cum hæredibus; *l. 3. §. acquirere 7. hoc tit. l. 1. & ult. qui adm. ad bon. poss.* bonorum possessionem peterent: edictumque postea pleniùs conceptum. Horomannus putat: Per bonorum possessionem etiam acquiri possessionem ipsarum rerum; qui manifestus error est. Non enim magis agnoscēdo bonorum possessionem rerum singularum possessionem adipiscimus, quàm adeundo hæreditatem *l. 3. pr. §. & 2. hoc tit. junct. l. cum hær. 23. de acq. poss.* Sed & si quis res defuncti corporaliter possideat; eum tamen necessè est bonorum possessionem à Prætore obtinere, ut in naturali rerum singularum possessionem defendatur: *Vinnemb. par. hoc tit. num. 8. D. Diod. Tulden in comm. hoc cap. 1.*

Suos hæredes & agnatos] Suos hæredes ad bo-
3 norum possessionem *Unde liberi*, agnatos ad bonorum possessionem *Unde legitimi*. Licèt enim his bonorum possessio non sit necessaria, (utpote qui etiam remota ea jure civili hæreditatem obtineant) & adspectu principali scopi bonorum possessio Unde liberi comparata sit emendandi juris civilis gratia, succurrendique liberis emancipatis, quos jus civile non agnoscit, §. *emancipati 9. sup. de hær. quæ ab int.* tamen suos etiam hæredes Prætor edicto complexus est; *l. 1. unde liberi* & agnatos quoque & exteras personas legitimas vocavit; *tit. unde legitimi*: ne quod iis concesserat, quos solus ipse vocat; denegasse illis videretur, quos vocat potentior: inque eo juris civilis se adjutorem præbuit. Ὁ κ[illegible] ait Throph. & Theod. Hermop. *l. 117. de reg. jur.* [illegible] *jus prætorium humanius est.* Hinc illustratur *l. 7. §. 1. de just. & jur. & §. Prætorem sup. de jure nat. gent. & civil.*

Solus vocat Prætor] Quid ergo si quis testamento hæres institutus aut agnatus proximus intestati, quos solus Prætor non vocat, sed quibus liberum est vel hæreditatem adire, vel ex edicto bonorum possessionem accipere; *l. 2. §. si duo 8. sec. tab.* hoc, quàm illo jure succedere maluerint? Hos etiam non hæredes, sed bonorum possessores effici: ac proinde non directis, sed utilibus actionibus usuros, rectè censet *Io. Fab.* Quin ampliùs, nec suum hæredem (qui secundùm tabulas, aut Unde liberi accepit) existimo alias, quàm utiles & prætorias actiones exerciturum, directasque, quæ apud eum remanent, quia ipso jure hæres extitit, esse sine effectu; *arg. l. 7. sed quod Papinianus de minorib. l. ei qui 88. de hær. instit.*

Prætor hæredem facere non potest] Hæredem 4
facere est justum plenoque jure Quiritium dominum facere, quod solius legis est utpotè quæ rebus omnium tamquam regina & domina præsidet; *l. 2. de legibus*, aut ejus, qui similem legi auctoritatem habet: qualem etiam habuit Senatus uti docet *l. non ambigitur de legib.* & ostendunt Senatusconsulta Tertyllianum & Orficianum: non Prætoris, qui nudus fuit Magistratus [illegible] non [illegible]: qui tamen, tacite consentiente populo, hoc usurpavit, ut nonnulla, non quidem directò contra, sed tamen præter rationem juris constituti ex æquo & bono constitueret, quæ juris etiam auctoritatem obtinuerunt; *vid. not. sua §. prætorum 7. sup. de jur. nat. gent.*

Loco hæredum constituuntur] Prætor successores suos, quos hæredes facere non potuit, bonorum possessores appellavit: iisque utiles actiones dando effecit, ut vicem hæredum obtinerent, imò vi ipsa ut hæredes essent; *l. 1. 2. 3. hoc tit.* Unde est quòd hæredis appellatio etiam bonorum possessori absolute tribuitur, & perpetuò appellatione hæreditatis bonorum quoque possessio venit; *l. hæreditatis 138 de verb. sign. l. in conditionibus 19. §. 2. de cond. & demonst. l. 1. §. bonorum 7. ad Senatusc. Treb. l. ult. Cod. qui adm. ad bon. poss.* Sed & passim nostri bonorum possessores vocant successores honorarios; *l. sed & ejus 24. §. 1. fam. erc. l. si fine 9. §. illud 6. de interr. in jur. leg. 10. ad Senatusc. Vell. l. 1. §. nec non 8. ut l. nem. cau.*
Cum ergo bonorum possessores jus hæredum 5
consequantur, etiam dominium eos consequi necesse est, & quidem rerum ipsarum seu proprietatem ipsam; uti hoc diserte traditum est ab Ulp. *l. 1. hoc tit.* Dominium, inquam, non utique directum aut ex jure Quiritiario seu legitimum, sed utile sive bonitarium, aut si mavis, dominium prætorium; nam bonorum possessor hæres honorarius est; hæres verò dominum significat. Ita quem Prætor secundo decreto in possessionem mittit, dominus etiam constituitur: *l. si finita 15. §. Julianus 16. & §. postea 33. de damn. inf.* Perspicuum est igitur, eos errare, ut levissime dicam qui contendunt: Prætorem nihil aliud tribuere bonorum possessori, quàm rerum possessionem, quippe

quippe quæ nihil cum dominio commune habet; *l. 2. §. 1. de acq. poss.* imò quam nec tribuit Prætor, & quæ nemini acquiritur, nisi qui eam naturaliter apprehenderit; *l. 1. passim. de acq. poss.* Dominii quoque possessionis, quale alii tantùm successoribus honorariis tribuunt, merum commentum est. Clarissimus D. Tuldenus sic hæc explicat: *Hæreditas*, inquit, *quia successio est in universum jus defuncti, statim ut adita, tribuit dominium rerum hæreditariarum. Non par vis* inquit, *bonorum possessioni, quippe quæ tantùm facultatem tribuit persequendi.* Hæc ille. At enim verò si rem spectemus; par utique & eadem vis: nam & bonorum possessio non minùs, quàm hæreditas; eademque ratione qua hæreditas, successio est in universum jus defuncti: & ipsa quoque simul atque admissa est, dominium jure prætorio tribuit æquè ac hæreditas jure civili; textus sunt expressi & clari in *l. 1. l. 3. in pr. hoc tit.* Res hæc ideò minùs rectè vulgò percepta est, quòd in describenda tum hæreditate tum bonorum possessione Jurisconsulti impropriè locuti sunt nec vero, sed tropico genere usi. nam neque hæreditas propriè successio est: ut abundè demonstravimus sub *tit. de reb. corp. & incorp.* neque bonorum possessio potestas persequendi: sed utraque nihil aliud quàm universum patrimonium & jus alicujus defuncti, in quod & hæres succedens & bonorum possessor (ille scilicet adeundo; hic bona apud Magistratum amplectendo) dominium rerum singularum statim nanciscuntur; ille civile, hic prætorium; & consequenter jus eas res persequendi; ille directis & civilibus; hic utilibus & honorariis actionibus.

Et alios complures gradus] Id est, ordines: est enim hoc nostris non infrequens, ut ordines successionem ab intestato gradus quoque appellent; *l. 1. §. 1. unde cogn. l. un. quis ord. in poss.* Unde etiam Interpres Novellarum, quod in textu Græco, Nov. 118. in pr. legitur, *πᾶσα ἡ τοῦ γένους ἐξ ἀδιαθέτου διαδοχὴ τρισὶ γνωρίζεται τάξεσι*, reddidit: Tribus cognoscitur gradibus, id est, *βαθμοῖς*; ut nihil causæ videam, quamobrem hoc carpserit Bern. Sutholt. *diss. 11. n. 42.* Sunt autem intestati gradus seu ordines præter numeratos liberorum & legitimorum nunc adhuc duo, cognatorum, & unde vir & uxor; *d. l. 1. §. 1. & d. l. un.*

Ex æquo & bono dilatavit] Scopus hic Prætori in introducendo jure bonorum possessionis
6 propositus fuit, amplificare jus percipiendarum ab intestato hæreditatum; quod lex 12. tab. familiæ finibus ita concluserat, ut suos tantùm hæredes, & post hos agnatos solos admitteret; atque ita admitteret, ut in eorum hæreditatibus successioni locum non daret, hoc est: ut proximo deficiente: vel repudiante, in sequentis gradus agnatos non admitteret; *§. placebat 7. sup. de l. agn. succ.* Prætor autem & alios fecit ordines, ordinumque & graduum successionem admisit; *tit. de success. edict.*

TEXTUS.

De speciebus ordinariis. Jus vetus.

1. *Sunt autem bonorum possessiones, ex testamento quidem hæ. Prima: Quæ præteritis liberis datur, vocaturque* Contra tabulas. *Secunda: Quam omnibus jure scriptis hæredibus Prætor pollicetur; ideòque vocatur* Secundùm tabulas. *Et cum de testatis prius locutus est; ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis hæredibus & iis, qui ex edicto Prætoris inter suos hæredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur* Unde liberi. *Secundò legitimis hæredibus. Tertiò decem personis, quas extraneo manumissori præferebat. Sunt autem decem personæ hæ: mater, avus, avia tam paterni, quàm materni; item filius, filia, nepos, neptis tam ex filio, quàm ex filia; frater sororve consanguinei vel uterini. Quartò cognatis proximis. Quintò* Tamquam ex familia. *Sextò patrono patronæque, liberisque eorum & parentibus. Septimò viro & uxori. Octavò cognatis manumissoris.*

NOTÆ.

1. *Prima, quæ præteritis liberis*] *l. un. quis ord. in bon. poss.* Ulp. *tit. 28. vid. sup. §. 3. de exh. lib. & D. de bon. poss. cont. tab.*

Decem personis] Ulpian. *apud Licin. Rufin: tit. 16.*

Extraneo manumissori] Id est, imaginario emptori, cui pater filium non contracta fiducia mancipaverat. Cujac.

Cognati manumissoris] *§. pen. sup. de succ. libert.* Ulp. *tit. 28. §. 6.*

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu bonorum possessio contra tabulas dicatur esse ex testamento, cùm per eam succedatur ab intestato. Quod à paucis observatum.*
2 *Cur ea primo loco in edicto proposita.*
3 *Extraneus manumissor quis dicatur.*
4 *Quid per familiam significetur in ea, quam Prætor quinto loco proposuit.*

HAbemus hic catalogum veterum bonorum possessionum earumque gradus, uti quæ edicto proposita fuit. Similis est apud Ulp. *tit.*
18. *§. intestati* 6. Percurramus singula. 1
Ex testamento quidem hæ] Bonorum possessio, itidem ut jure civili hæreditas, defertur aut testamento, aut ab intestato. Quæ testamento facto competit; ea duplex est: Contra tabulas & secundùm tabulas: quarum hæc etiam ex testamento

est, ita ut per eam etiam succedatur ex testamento: illa ex testamento non est, ne quis erret. cùm enim detur contra testamẽtum, & per eam testamentum oppugnetur atque evertatur; *l. 1. in pr. de legat. præst. ca. ut liberis 17. in pr. C. de collat.* ex testamento esse dici non potest, neque per hanc bonorum possessionem ex testamento succedi: sed uti rescisso per inofficiosi querelam testamento res ad causam intestati redit: *l. 6. §. 1. l. cum qui 21. §. 1. de inoff. test.* eodem modo, rescisso testamento per bonorum possessionem contra tabulas, liberi præteriti jure prætorio ab intestato succedunt; uti disertè scriptum est *in d. l. liberis 17. C. de collat.* Quamobrem quod hic Imperator etiam bonorum possessionem contra tabulas dicit esse ex testamento; certum est; id impropriè atque abusivè ab eo dici, nec alio sensu, quàm quod ea locum non habeat, nisi defunctus testamento facto decesserit: atque ob hanc solam causam contra tabulas bonorum possessio opponitur successioni intestati, meræ scilicet illi, seu cum nullæ tabulæ factæ sunt; *leg. 1. in pr. & §. recte autem 5. unde lib. l. 4. Cod. de collat.* non, inquam, ut successio ex testamento; sed ejus, qui facto testamento decessit. Quod idcirco monendum fuit; quia à paucis observatum.

Quæ præteritis liberis] Præteritis liberis datur bonorum possessio contra tabulas patris aut cæterorum parentum per patrem conjunctorum; Pand. *& Cod. de bon. poss. cont. tab.* quæ species à nobis exposita est sub §. *eadem 12. de hær. quæ ab int. & §. 3. sup. de exhær. lib.* Sunt & aliæ species bonorum possessionis contra tabulas, veluti ea, quæ patrono præterito datur contra tabulas liberti; §. 1. *sup. de success. libert.* item quæ datur patri adversùs tabulas filii, quem emancipavit; *l. 1. si a parent. quis man.*

Secundùm tabulas] Quòd si hæres non scriptus testamento, sed nuncupatus sit; datur secundùm nuncupationem; *l. 1. Cod. de bon. poss. sec. tab.* Datur, si modò tabulæ rectè factæ sint. Enim verò Prætor non omnes hic solemnitates juris civilis desiderat; sed hoc tantùm requirit, ut septem testium signis tabulæ signatæ sint. Secundùm nuncupationem quoque non aliter dat, quàm si testator voluntatem suam ritè declaraverit. Illa autem contra tabulas & in edicto &
2 hic primo loco proposita est: quoniam, si eo testamento, de quo agitur, liberi defuncti præteriti sint; ad hos priùs contra tabulas pertinet nec ante adscriptos hæredes pervenitur, quàm liberi bonorum possessione contra tabulas exclusi sint; *l. 2. in pr. sec. tab.* Quòd si scripti prematurè secundùm tabulas impetrarint; ea sine re futura est, si liberi postea suo jure utantur. De quo plura scripsimus *sub tit. de exhæred. lib. ad calcem pr.*

Vnde liberi] Patre intestato mortuo datur liberis bonorum possessio; quæ *Vnde liberi* dicitur, introducta principaliter liberorum emancipatorum gratia; §. *emancipati sup. de hær. quæ ab int.* sed interim tamen & suis hæredibus edicto proposita; *l. 1. §. liberos unde lib.*

Secundò legitimis hæredibus] Quæ dicitur *Vnde legitimi*: & generaliter omnibus defertur, quibus lex aut Senatus defert hæreditatem. Unde & mater, quæ ex Senatusconsulto Tertylliano venit, & liberi, qui ex Orficiano ad legitimam matris hæreditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt; *l. 2. §. ult. l. 3. und. legit. vi. sup. de l. agn. succ. & 2. tit. seq.*

Tertiò decem personis, quas extraneo manumissori] Extraneus manumissor patri manumissori op- 3
ponitur. Est autem extraneus manumissor emptor ille imaginarius seu pater fiduciarius, qui filium à patre naturaliter venditum sibi ter ipse manumisit, nullo fiduciæ pacto interposito, ut post tertiam mancipationem eum remanciparet. Huic enim tamquam patrono jure civili legitima hæreditas deferebatur, excluso patre naturali cæterisque personis, quæ hic enumerantur: vide si's quæ *sup. §. ult. de l. agn. succ. & sub §. præterea, quibus mod. jus pat. pot. solv.* quod Prætor durum atque iniquum ratus emendavit. Hanc bonorum possessionem intelligit Modestin. *l. si ad patrem 10. de suis & legit.* Ait *decem personis*. Totidem eædemque personæ præferuntur fisco in iis, quæ à viro relicta sunt mulieri, si eum non eluxerit; *l. 1. C. de sec. nupt.*

Quintò tamquam ex familia] Ita legitur in vul- 4
gatis & apud Theoph. Cujacius reponit, *Tum quem ex familia*. Alii aliter. Puto autem familiam significari patroni; id est, hac bonorum possessione vocari patroni agnatos. Certè hos etiam ad successionem liberti admissos fuisse constat; *l. 3. §. neique 9. de suis & l. l. liberto 17. de bon. libert.* ut verò non sit simile, eos hic esse omissos. Nec me movet, quòd hac explicatione admissa, invertitur ordo succedendi, cum patronus familia sua sit potior. Nam Tribunianus, cui propositum fuit tollere bonorum liberti possessiones, necesse non habuit accuratè ordinem observare: quod fortassis nec ipse Prætor fecit. Quòd si hæc ad familiam liberti referri volumus, intelligendi erunt liberti quasi agnati. Ut verbi causa: Si alter ex duobus fratribus manumissis filium genuerit; hic filius tamquam agnatus ad patrui sui bonorum possessionem admittatur. Sed vix est, ut hoc obtinuisse credam; cùm utique tales personæ inter cognatos vocatæ fuerint.

Sextò patrono patronæque] Qui etiam in secundo ordine ex edicto unde legitimi venire possunt *l. 2. §. 1. l. 3. unde legit.*

Septimò viro & uxori] Hæc septima bonorum possessio, *Vnde vir, & uxor dicta*, viro & uxori defertur, excluso fisco; qui alioqui bona vacantia occuparet; *l. un.* Pand. *& C. unde vir. & ux.*

Octavò cognatis manumissoris] Probabilis hinc mihi videtur conjectura Bachovii: Prætorem etiam separatim de bonorum possessionibus libertorum edixisse, easque similiter ut ingenuorum proposuisse tribus distinctis ordinibus; quorum

rum in primo promiserit patronis eorumque liberis & parentibus; in secundo quasi agnatis eorum; in tertio cognatis.

TEXTUS.

Jus novum.

2. *Sed eas quidem prætoria introduxit jurisdictio; à nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est; sed nostris Constitutionibus omnia corrigentes*, Contra tabulas *quidem*, *&* Secundùm tabulas *bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas: nec non ab intestato*, Unde liberi *&* Unde legitimi, *bonorum possessiones. Quæ autem in Prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est*, Unde decem personæ, *eam pio proposito & compendioso sermone super vacuam ostendimus. Cùm enim privata bonorum possessio decem personas præponebat extraneo manumissori; nostra Constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus omnibus parentibus eisdemque manumissoribus, contracta fiducia, manumissionem facere dedit: ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat supradicta bonorum. Sublata igitur prædicta quinta bonorum possessione; in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus, & quintam fecimus, quam Prætor proximis cognatis pollicetur. Cùmque antea fuerat septimo loco bonorum possessio*, Tamquam ex familia: *& octavo*, Unde patroni patronæque, liberi & parentes eorum; *utramque per Constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cùm enim ad similitudinem successionis ingenuorum libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodò coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia; sufficit eis tam* Contra tabulas *bonorum possessio quàm* Unde legitimi *&* Unde cognati, *ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluto. Aliam verò bonorum possessionem, quæ* Unde vir & uxor *appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat; & in suo vigore servavimus, & altiore loco, id est, sexto eam posuimus: decima quoque veteri bonorum possessione, quæ erat* Unde cognati manumissoris, *propter causas enumeratas meritò sublata; ut sex tantummodò bonorum possessiones ordinariæ permaneant suo vigore pollentes.*

NOTÆ.

2. *Utpotè necessarias*] Aut utique utiles. Nam nec *Cont. tab.* nec *Unde liberi* necessariæ suis hæredibus, nec scriptis *Secundùm tabulas*, nec adgnatis *Unde legitimi*. Adeòque hodie post *Nov.* 118. nulla necessaria, excepta illa *Unde vir & uxor*.

Nostra Constitutio] Extat in *l. ult. C. de eman. lib.* vid. *sup. S. 6. quib. jus mod. par. pot.*

Usque ad quintum gradum] Tam liberorum patroni, quàm ex transverso conjunctorum; ut rectè Cujac. & verba Constitutionis ostendunt; *d. §. 3. de succ. lib.* à nobis relata. Errat igitur cum Mynsing. Pacius *in margine*.

Quàm Unde legitimi, & Unde cognati] Scil liberto intestato sine liberis defuncto; *d. §. 3. sup. de succ. libert.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex bonorum possessionibus retentis primæ quatuor quando necessariæ; quando utiles tantùm.*

2 *Hodie nullam harum trium, Unde liberi, Unde legitimi, Unde cognati, necessariam esse: & ullam earum utilem & vix.*

3 *Septima & octava quare sublata. Ubi quædam illustrantur ex Constitutione Græca.*

4 *Solam, Unde vir & uxor, jure novissimo necessariam.*

HOc §. removet quasdam species ex iis, quæ præcedenti §. recensitæ sunt, atque in earum locum quasdam transponit, quas servat, remotiores. Conjunctim autem hic numerat bonorum possessiones, tam quæ testamento facto competunt, quàm quæ ab intestato, quas modò separatim & distinctè consideravit. Unde fit, ut verbi causa, bonorum possessio *Unde cognati*, quæ modò illi quarta fuit, hic sexta numeretur.

Utpotè necessarias] Ait: se quatuor primas bonorum possessiones, nempè *Contra tabulas, Secundùm tabulas, Unde liberi, & Unde legitimi*, retinuisse; utpote quarum usus sit necessarius, aut certè (quod intelligendum est) utilis. Equidem bonorum possessio *Contra tabulas* liberis emancipatis omnino necessaria erat: quippè qui jure civili pro extraneis habiti; adeòque adhuc hodie est, ut defendimus *sup. ad pr. & §. 2. de inoff. test.* suis verò hæredibus præteritis neque olim fuit, neque nunc est necessaria. *Secundùm tabulas* necessaria olim posthumo alieno hæredi instituto, nunc non est; *sup. eod. in pr.* Cæteris hæredibus testamēto facto scriptis nec olim, nec nunc necessaria; sed utilis dumtaxat: necessaria tamen, si quid solemnitatis jure civili requisitæ desit. Cæterum tunc sæpè sine re aut effectu est, proximis ab intestato hereditatem evincentibus; *Ulp. c. §. 28. ul.* *Unde liberi* non necessaria suis hæredibus: quippe

pe qui ipso jure hæredes existunt: necessaria emancipatis; at hodie ne illis quidem. Nam cùm novissima Justiniani lege idem jus in successione ab intestato emancipatis tributum sit, quod sui habent; Nov. 118. certè Prætoris auxilio non ampliùs indigent, quamvis nihilominùs ad acquirendam hæreditatem necessaria illis sit aditio. Sed neque bonorum possessio *Unde legitimi* necessaria. Quippe cùm agnati ex lege 12. tab. cæteræ legitimæ personæ ex Senatusconsultis aut
o Constitutionibus, quibus jus agnationis iis datum est, succedere possint; *l. 3. unde legit.* A Prætore cuiquam jure legitimæ successionis datæ non legimus. Hodie hæc species una ferè est cum *Unde cognati*.

Unde decem personæ] Hanc bonorum possessionem sponte evanescere necesse fuit, nullumque ejus usum relinqui, ex quo extranei manumissores, quibus ex decem memoratas personas præponebat, esse desierunt. Desierunt autem postquam Justinianus emancipationem fieri voluit sola professione patris apud competentem Magistratum denunciantis, se filium de manu sua ac potestate dimittere, omni venditionum & intercedentium manumissionum ritu sublato; *l. ult. C. de emanc. lib.* nam ex eo tempore non alius, quàm pater naturalis filii emancipati manumissor existere potuit. Cessante igitur bonorum possessione *Unde decem personæ*; locum ejus occupare jussit
2 bonorum possessionem *Unde cognati*: quæ olim necessaria; hodie non est post juris agnatorum & cognatorum confusionem; Nov. 118. Itaque tres illæ bonorum possessiones, *Unde liberi, Unde legitimi, Unde cognati*, nullam necessitatem imò vix utilitatem ullam hodie habent, mutato ordine succedentium, sublataque veteri sexus, familiæ agnationisque prærogativa. Atque in hoc omnes ferè consentiunt. *Chust. vol. 4. decis. 1.*

Tamquam ex familia, & Unde patroni] Ait: Se hasce duas bonorum possessiones, *Tamquam ex familia, & Unde patroni, liberique & parentes eorum*, sustulisse Constitutione sua de jure patronatus. Hæc est eadem illa Græca Constitutio, cujus superiùs quoque aliquoties meminit, & qua totam se causam successionis libertorum plenè definivisse testatur; §. 3. *de succ. libert.* Non extat Constitutio; sed epitomen ejus nobis ex Basilicis repræsentat Cujacius *lib. 20. obs. 34.*

Ad similitudinem successionis ingenuorum] Hujus loci non hæc sententia est: Justinianum in successione libertorum inter se, aut in successione cognatorum libertí (agnatos, ut sæpiùs jam dictum est; liberti nullos habent) eadem jura con-
3 stituisse, quæ in successione ingenuorum: sed hæc: Voluisse simili ratione, patronum ejusque liberos, parentes, agnatosque & cognatos succedere liberto, qua succeditur ingenuis. Quod ex iis, quæ mox subjiciuntur, liquet. Ita quoque supra *d. §. 3. in fin. de succ. libert.* ait: Se benè concordantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecisse; cum tamen ibi tantùm definiat rationem, qua patroni eorumque liberi & cognati succedant libertis.

Usque ad quintum gradum] Tam liberorum patroni, quàm agnatorum, aut cognatorum ejus. Quod ostendit ipsa Constitutio, in qua hæc legimus, ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τῷ πάτρωνι, καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομείτωσαν, τὸν ἀπελεύθερον. Falluntur igitur Mynsing. & Pacius, dum verba textus restringunt ad eos, qui ex transverso patrono juncti. In summa, hanc differentiam Justinianus esse voluit ingenuitatis & libertinitatis in successionibus; Ut licèt illæ laxiùs deferantur; hæ tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni consisterent; *d. §. 3. de succ. libert.* in cujus §. fine ob hanc causam particula (*pene*) addita est.

Sufficit eis contra tabulas] Si libertus liberos non habens testamento suo patronum præterisset, aut minus parte dimidia bonorum reliquisset; dabatur edicto Prætoris patrono Contra tabulas liberti partis dimidiæ bonorum possessio; §. 1. *d. tit. de succ. libert.* Justinianus pro dimidia tertiæ tantùm partis dari voluit; *d. §. 3.* Ad hanc tertiæ partis bonorum successionem admittuntur soli patroni eorumque liberi, non etiam qui ex latere veniunt. Sed nec liberi admittuntur ultra quintum gradum. Utrumque hoc eadem Constitutione expressum est; sic enim definit, ut in proposito tertiæ partis bonorum possessionem petere possint, ὁ πάτρων καὶ παρθένια καὶ παῖδες αὐτοῦ, οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τῶν πατρώνων καὶ μόνοι, οἱ ἀφανίζων αὐτῶν κατιόντες, ὁ ἐκ πλαγίου, ἵνα ἔχωσι τὸ ἐναντίωσιν τῆς διαθήκης, &c.

Unde legitimi, & unde cognati] Itaque, liberto intestato sine liberis mortuo, patronus, liberi ejus, agnati & cognati ex istis aliorum agnatorum & cognatorum ordinibus admittentur.

Unde vir & uxor] Hanc servatam Justinianus proximo loco ab illa *Unde cognati* collocavit, agmenque ordinatiatum claudere jussit. Est inter eas, quæ ab intestato promittuntur, sola etiam nunc necessaria. Illa alia successionis species est, per quam conjux inops ad partem vocatur; *auth. præterea, C. unde vir. & ux.* 4

Unde cognati manumissoris] Quippe quibus sufficit generalis *Unde cognati*; ut modò dictum est. Igitur sustulit Justinianus tres illas bonorum possessiones, quæ patrono ejusque liberis & parentibus, quæ agnatis patroni, quæ ejusdem cognatis, dabatur.

Sex bonorum possessiones ordinariæ] Duæ facto testamento, *Contra tabulas & Secundùm tabulas*; quatuor tabulis non extantibus, *unde liberi, unde legitimi, unde cognati*, & *unde vir & uxor*. Dicuntur ordinariæ, quia certum habent in edicto ordinem, gradum & titulum, *l. 1. quis ord. in poss. §. cum igitur 4. inf. hoc tit.* quæ sequuntur, sunt extraordinariæ.

Tab-

TEXTUS.

Species extraordinaria.

3. *Septima eas secuta, quam optima ratione Pratores introduxerunt. Novissimè enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, qua ab intestato veniunt, neque iis, qua ex testamento sunt, Prator stabili jure connumeravit; sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigit) accommodavit; scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, Constitutionibusve Principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.*

NOTÆ.

3. *Lege vel* SCto] *l.un. D. ut ex legib. SCtis vel constit. bon.poss.* Distinguitur etiam bonorum possessio in edictalem & decretalem, *l.1. § 7. de succ. edict. l.1. §. 4. unde lib. l.30. §.1. de acquir. hær.* illa ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione postulanti datur; ac proinde de plano peti potest, quales natura sua omnes ordinariæ: hæc non ex solo edicto, sed interveniente decreto, &c. decernitur, *l.2. §.1. quis ord. in bon.poss. l.3. §. pen. h. t.* quales Catoniana aliæque extraordinariæ, *l.1. & pass. de Carbon. edict. l. 84. de ac. hær. l.14. §. ult. cont. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Extraordinariarum bonorum possessionum quasdam esse definitas, quasdam indefinitas: atque utriusque speciei exempla.*

2 *Bonorum possessionem, quæ edictalis dicitur, & eam, quæ decretalis, esse species revera oppositas, contra comm.*

PRæter sex illas bonorum possessiones ordinarias, quas sic appellari diximus, quia certo jure atque ordine, certisque personis, tum re-
1 stamento facto, tum ab intestato deferuntur, haud secus ac ex legibus hæreditas, sunt etiam nonnullæ extraordinariæ, quæ extra certum illum ordinem quibusdam accommodantur. Harum autem quædam definitæ sunt, hoc est, semel certis casibus ac personis propositæ, his ipsis, causa cognita, decernuntur; cujusmodi est ea, quæ ventri datur; *tit. de ventr. in poss. mit.* item Carboniana quæ ex edicto Carboniano datur impuberi, qui filius esse negatur, dilato status judicio in tempus pubertatis, *l.1. & pass. de Carb. edict.* hæc expressè ordinariæ opponitur in *l. 3 §. pen. & ult. d. tit. l. 5. §. si quis, de legat. præst.* Aliæ indefinitæ & vagæ quæ variis ex causis, prout res & æquitas exigit, á Prætore decernuntur. Huc pertinent species propositæ in *l. ventre 84. de acq. hær. l.4. §. ult. cont. tab. l. seq. l. si duobus 14. §. ult. cont. tab. l. infanti 18. C. de jur. delib. l.2. §. si quis 11. ad Tertyll.* Nonnulli huc etiam referunt bonorum illam possessionem præparatoriam querelæ inofficiosi testamenti, quæ litis ordinandæ causa conceditur; *l. 6. in fin. & l.7. de inoff. testam.* Pertinet huc & ea bonorum possessio, quæ lege uti detur, Senatusve consulto, aut Constitutione, cautum est; *l. un. ut ex legibus, &c. l.3. unde legit.* Exempla ex lege Papia; lege Cornelia; Senatusconsulto Aproniano, profert Scipio Gentil. 1. *de jurisdict. 26. argum. §.2. sup. de succ. libert. l. omnibus ad Senatuscons. Treb. l.4. C. de postlim. rev.* Cujacius & Hotomannus ex Constitutione Hadriani, qua militis capite damnati ex delicto militari bonorum possessio defertur cognatis militis usque ad quintum gradum; *l.2. de veter. success. l. 6. §. sed & 6. de injust. rupt. irr. fl.* Hotomannus item aliud ex ejusdem Imperatoris Constitutione, qua in specie *l. posthumus 12. d. tit.* scriptis hæredibus defertur bonorum possessio secundùm tabulas, ut rem obtineant, quæ alioqui sine re futura erat. Permiscentur autem hæ bonorum possessiones per omnes superiores ordines, verbi causa; Carboniana datur impuberi, cui controversia sit; an sit ex liberis; si præteritus est; Contra tabulas; si institutus; Secundùm tabulas: ab intestato; Unde liberi; *leg.1. & l.3. de Carbon. edict.* In libris nostris bonorum possessio sic etjam distinguitur; ut quædam dicatur edictalis; quædam decretalis; *l. 1. §. decretalis 7. de succ. edict. l. 1. §. sed & 4 unde l. l. cum quidam 30. §.1. de acq. hær.* Doctores vulgò existimant, non esse hæc nomina diversarum specierum; sed attributa tantùm, quibus una eademque specie bonorum possessio distinguatur: & edictalem dici, quatenus ex edicto Prætoris mortui, ut loquuntur, competit: decretalem, quatenus à vivo Prætore conceditur. Seu eamdem bonorum possessionem, quæ edictalis vocatur quatenus consideratur ut edicto proposita & promissa; decretalem dici quatenus petita & agnita. Ita post *Accurs. Cyn. Bart.* aliosque veteres interpretes, *Sichard. ad rub. C. qui adm. ad bon. possess. num. 10. & seqq. Schneid. in §. seq. num. 7. Myns. hoc ad rubr. num. 10. Menoch. rem. 1. adipisc. poss nu. 10. & seqq. Grass. §. bonorum possessio, quæst. 3. Tulden. comm. in hunc tit. cap. 3.* Sed videamus, an non, quod magis arbitror, sint revera hæ distinctæ & oppositæ species, & falsa illa DD. opinio. Moveor primùm; eò quòd edicta- 2
lis decretali opponitur ut ordinaria extraordinariæ; *l.3. §. hæc autem 14. & seq. de Carbon. edict. l. 5. §.3. de leg. præst.* Deinde, quod Jurisconsultus scribit; Concessione Carbonianæ possessionis non impedit edictalem; *d. l. 1. §.4. unde lib.* & quod huic simile in *d. l. 3. §. pen. de Carb. edict.* eum: qui se filium dicit, non solùm Carbonianam possessionem accipere debere; verùm etiam ordinariam. Tertiò; quòd decretalis expresse opponitur ei, quæ de plano agnoscitur; *l.2. §.1. quis ordo in bon. poss.* Quartò; quòd in tempore petendæ edictalis dies omnes utiles; id est, quibus qualiscúque Magistratus copia fuit; in decretali tatùm dies sessionum,

num, ut utiles, computentur; *d.l.2.§.1.* Quintò; quòd decretalis cum effectu propriè non intelligitur dilata, antequàm decreta est: cui consequens est; quòd nec repudiari possit; *d.l.1.§.decretalis de succ. edict.* at in edictali tempora delationis & acquisitionis distincta sunt, ut in hæreditate; ac proinde jus ejus petendæ repudiari potest; *d.l.1.§.1. & §. qui semel 6. l. in plurium 70. de acq. hær.* Hæc omnia, si quid video, clarè ostendunt; DD. in explicatione hujus rei errasse, & memoratas bonorum possessiones verè esse diversas speciei, & quæ forma differant. Nimirum edictalem dici & esse, quæ postulanti datur ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione; quæ proinde etiam de plano peti potest; quales natura sua sunt ordinariæ omnes: decretalem, quæ non ex solo edicto, sed interveniente decreto Magistratus datur: seu quæ causa cognita petenti adjudicatur; ac proinde sedente pro tribunali Magistratu peti & decerni debet; *d.l.2.§.1. quis ord. in bon. poss. l.3. §. pen. hoc tit.* quales natura sua Carboniana, aliæque extraordinariæ; *l. ventre 84. de acq. hær. l. si duobus 14. §. ult. cont. tab.* Ajo, natura sua: nam ex accidenti fieri potest, ut interdum de plano peti & concedi possit, quæ natura sua decretum requirit: atque ut in edictali propter contradictionem alterius aliquando opus sit causæ cognitione; *arg. l.1. §. si ea 14. l.7. §.1. de ventr. in poss. mitt. l.1. pr. l.3. §.4. de Carb. edict. l.3. § pen. hoc tit.* Atque ita fermè etiam doctissimi recentiorum Interpretum Baro, Duar. Cujac. Hotom. Donell. Vvesemb. Ba.hov.

TEXTUS.

De successorio Edicto.

4. *Quum igitur plures species successionum Prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset; & in unaquaque species successionis sæpè plures extent dispari gradu personæ; ne actiones creditorum differrentur sed haberent quos convenirent; & ne facilè in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent; ideò petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quàm adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium; cæteris autem (agnatis vel cognatis) centum dierum dedit.*

COMMENTARIUS.

Dispositis per ordinem bonorum possessionibus, edictum Prætor subjecit, quod successorium ex potissima parte appellatur. Duo enim sunt hujus edicti capita. Priore quod principale est, Prætor denunciat; Se inter eos, quibus bonorum possessio defertur, successionem permissurum *l.1. §. quibus 10. de success. edict.* Successio hæc duplex est, una ordinum, altera graduum. Ordinum dicitur, cum ordo personarum universus, quarum in petenda bonorum possessione prima causa est, illam omisit; veluti liberis omnibus omittentibus, res ad agnatos redit, & his rursus eam repudiantibus, ad cognatos; postremò ad virum & uxorem. Hi enim nunc sunt ordines intestati; *§.2. sup. eod. l.1. §.1. unde lib. l. quis ord. in bon. poss.* quibus locis verba Jurisconsultorum à Triboniano circumcisa sunt. Vulgò hæc successio de ordine in ordinem appellatur. Potest & de capite in caput nominari; *l.5. C. qui adm. ad bon. poss.* Graduum successio dicitur, cum iis, qui in ordine aliquo sunt gradu proximo, omittentibus, remotioris gradus in eodem ordine personæ admittuntur. Quæ successio est de gradu in gradum atque in solo ordine cognatorum non etiam liberorum aut agnatorum locum habet. Nam in liberorum ordine nulla est graduus prærogativa; agnatos verò remotiores proximis repudiantibus non quasi agnatos, sed quasi cognatos, Prætor admittit; *§. placebat 7. sup. de leg. success. agn.* Sed enim cùm eo Justinianus etiam in hæreditatibus graduum successionem inter agnatos admiserit; Prætoris est, etiam in bonorum possessione eam inter illos admittere; *arg. l.3. unde legit.* quamquam nunc hæc disputatio supervacua est, sublata prærogativa ordinis agnatorum; *Nov. 118* Capite hujus edicti altero certum tempus petendæ bonorum possessioni præfinitur; *d.l.1. in pr.*

In unaquaque specie successionis] Id est, ordine: ut in tribus illis, intestati; liberorum, agnatorum; cognatorum. Nam quarti, viri sc. & uxoris, nulli sunt gradus.

Plures dispari gradu] Gradus bifariam usurpatur, interdum pro ordine successionis ab intestato; *l.1. quis ord. in bonor. poss. l.5. unde cogn.* frequentissimè verò, ut & hoc loco, pro ordine cognationis.

Ne actiones creditorum differrentur] Edictum successorium præcipuè quidem cognatorum inferiorum causa comparatum est, sed tamen ex parte id etiam creditoribus consulit, atque ipsi quoque defuncto: triplicique omnino de causa Prætor è re esse putavit, præstituere certum & breve tempus ad bonorum possessionem petendam. Prima est ut sciri posset, quando finito jure primorum graduum, sequentes eam petere possent, nullove petente, insequens ordo aut fiscus admitteretur. Altera; Ne, si bona hæreditaria diu jacerent, creditoribus longior mora afferretur; quorum interest maturè scire, utrùm habeant quem conveniant, an bona fisco sint delata. Tertia. Ne creditores, si nemo inveniatur, qui actiones excipiat, ad possessionem & distractionem bonorum procedant; quod defuncto ignominiosum; *d.l.1. in pr. & §.1. de succ. edict.*

Liberis & parentibus anni spatium] Largius tempus liberis & parentibus tributum est in honorem sanguinis; *l.1. §. largius 12. de succ. edict.* Parentes quidem nullo proprio ordine aut capite ad bonorum possessionem vocantur: cæterùm admit-

admittuntur vel ex capite Unde legitimi, ut parens manumissor, cui etiam contra tabulas datur *d.l.1.§.pen.* & mater, quæ ex Tertylliano venit, *l. 2. §. ult. unde l.* vel ex capite Unde cognati. Atque ex his omnibus causis intra annum bonorum possessionem petere possunt; *dict. l. 1. §. ult.*

TEXTUS.

De jure accrescendi; & iterùm de successorio Edicto.

5. *Etsi intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit; ejusdem gradus personis accrescit: vel si nullus sit; deinceps cæteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit; non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur: sed statim cæteri ex eodem edicto admittuntur.*

NOTÆ.

5. *Ejusdem gradus personis accrescit*] *l. 3. §. ult.* cum *2. l. seq. hoc tit. l. un. Co. quand. non pet. part.* Nota: jus accrescendi etiam locum habere in successione ab intestato, non legitima tantùm; *§. ult. sup. de SC. Orfic.* sed etiam honoraria; vid. Duar. 1. *de jur. accresc.* 20. *&* 2. *c.* 18.

Deinceps cæteris] Ut tamen inter cæteros admittatur & ipse, qui exclusus est: nam Prætor etiam in una eademque persona successionem admisit; v. c. Filius, omissa bon. possessione *Unde liberi*, poterit adhuc petere *Unde legitimi*, aut *Unde cognati*; *d. leg. 1. §. 11. de success. ed.*

Sed statim cæteri] Et repudiantibus primis statim insequentibus tempus currit; *d. l. 1. §. 6.* & 10.

COMMENTARIUS.

Non tantùm in successione ex testamento locus est juri accrescendi, verùm etiam in successione ab intestato; rum legitima; *§. ult. sup. de Senatusc. Orfic.* tum honoria: Ut docet hic locus, & *l. 3. §. ult. cum 2. l. seq. hoc tit. l. un. C. quand. non pet. part.*

Non petierit] Si plures sint, quibus bonorum possessio competit: quorum unus admisit bonorum possessionem; cæteri non admiserunt: vel quòd spreverint jus suum, aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sint, aut ante mortui, quàm bonorum possessionem petierint; ei, qui admisit, accrescunt portiones, quæ cæteris competerent, si petiissent; *d. l. 3. §. ult.* & *3. seqq.* Et accrescunt igitur portiones deficientium sine nova petitione aut agnitione; ut jure civili portiones hæredum deficientium sine nova aditione accrescunt iis, qui pro sua parte hæredes extitetunt.

Deinceps cæteris] Qui vel in eodem ordine inferiori gradu sunt, aut in his omnibus deficientibus, qui proximi sunt gradu in ordine sequenti. Nam edicto successorio non est locus, nisi inter personas diversi ordinis aut gradus. Illud notandum: Successionem ordinum Prætorem admisisse etiam in una eademque persona; verbi causa; ut filius, omissa bonorum possessione Unde liberi, petere adhuc possit Unde legitimi aut Unde cognati; *d. l. 1. §. sed videndum 11. de succ. edict. l. 2. unde legit.*

Sed statim cæteri] Ut primùm quis delatam sibi bonorum possessionem repudiavit; continuò cæteri admittuntur, non expectato tempore petitioni præfinito; *d. l. 1. §. quibus 10. de succ. edi.* Ex quo intelligimus: tum eum, qui semel noluit bonorum possessionem petere, jus ejus petendæ amisisse, etiamsi tempora largiantur; tum, quod huc præcipuè pertinet, repudiantibus primis, statim insequentibus tempus currere: quippè ad quos, illis repudiantibus, bonorum possessio statim pertinere incipit; *d. l. 1. §. 6.*

TEXTUS.

Explicatio dicti temporis.

6 *In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur.*

NOTÆ.

6. *Dies utiles*] Id est, quibus experiundi potestas est: qui proinde neque ignoranti, neque agere non valenti currunt; *l. 2. pr. §. 1. quis ord. in bon. poss. l. 1. de div. & temp. præscr.* His opponuntur continui, qui sine Interruptione currunt.

COMMENTARIUS.

Qui dies continui, qui utiles, qui sessionum. Et quando de plano Prætor jus reddere dicatur.

Dies in jure nostro alii sunt continui, alii utiles. Continui, qui sine interruptione nullisque exceptis currunt: utiles illi duntaxat quibus experiundi sui juris potestas est; *l. 1. de div. & temp. præscr. l. 11. §. quidam 5. ad l. Iul. de adult.* & proinde hi neque ignoranti, neque agere non valenti currunt. In hoc ergo negotio cùm dies utiles solùm considerentur, neque illud tempus numerabitur, quo quis nescivit, bonorum possessionem sibi delatam esse, neque illud, quo à Prætore eam postulare non potuit; *l. 2. pr. quis ord. in bon. possess.* Non enim semper Prætoris copia est; *l. sed & si 26. pr. & §. 4. ex quib. ca. mai.* Dupliciter verò Prætor copiam sui facit: interdum pro tribunali,

bunali; interdum extra tribunal quovis alio loco, ubi salva majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit; *leg. penul. de just. & jur.* Qibus diebus pro tribunali sedens postularionibus & cognitionibus occupatur; ii dies sessionum appellantur: *d. l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss.* Cùm alio loco civibus se præber, de plano jus reddere dicitur; *l. nec quicquam 9. §. 3. de offic. proconf. leg. 6. de accus.* Sunt que hæc nostris adversa; pro tribunali cognoscere, & de plano: *l. 1 §. abolitio 8. ad Turpil. leg. unius 18. in fin. de quæst.* Quæcumque causæ cognitionem decretumve Magistratus desiderant; pro tribunali, non de plano cognoscendæ & expediendæ sunt; *d. l. 9. §. 1. de off. proconf. leg. omnia 71. l. ubicumque 105 de reg. jur.* Cùm ergo, ut antea ostendimus, quædam bonorum possessiones sint, quæ decretum Magistratus exposcunt, ob quam causam etiam decretales dictæ: quædam, quæ decretum causæve cognitionem non requirant, edictales appellaræ; & consequenter illæ tantùm pro tribunali peti & dari, hæ verò etiam de plano possint; hinc fit, ut in his omnes dies quibus quovis modo Prætoris copia fuit, utiles numerentur; in illis sessionum dumtaxat; *d. l. 1. §. 1. quis ord. in bon. poss.*

TEXTUS.

Quomodo peti debet.

7. Sed benè anteriores Principes & huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet: sed quocumque modo admittentis eam indicium ostenderit, intra statuta tamen tempora; plenum habeat earum beneficium.

NOTÆ.

Quocumque modo &c. *indicium*]. Sufficit qualecumque indicium admittendæ bon possessionis, *οἱ δήποτε ἔμφασιν.* Qualiscumque significatio, aut ut est in *d. l. ult.* Testatio amplectendæ hæreditatis. Magistratum tamen adire oportet, apud quem ad voluntatem nostram publicè testemur; *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

Vetus petitio bonorum possessionis solemnis fuit, ut significat, *leg. 1. Cod. comm. de succ.* Solemnitas certam verborum conceptionem seu formulam habuit, quibus & peteretur, & petenti daretur. Tum etiam hic ritus erat: quòd non apud quemvis Magistratum peti poterat, nec cujusvis Magistratus erat dare, sed solùm Prætoris in urbe & Præsidum in provinciis; *l. 2. §. 1. & seqq. quis ord. in bon. poss.* Utrumque hoc sustulit Constantius, exclusisque verborum inanium, ut ipse eas appellat, captionibus; constituit: Ut satis sit, cum, cui bonorum possessio delata est, quemvis judicem, & vel Magistratum municipalem adire, atque apud hunc, qualicumque voluntatis testatione interposita bonorum possessionem amplecti: *l. ult. Cod. qui adm. ad bon. poss.* Cæterùm hoc ad extraordinarias bonorum possessiones, quæ non nisi causa cognita decernuntur, non pertinet: sed hæ etiam nunc Prætorem & tribunal desiderant.

Sed quocumque modo admittentis, &c.] Magistratum tamen aliquem adire oportet, apud quem de voluntate nostra publicè testemur; alioqui si nuda & simplex declaratio voluntatis privatim aut coram testibus facta sufficeret: agnitio bonorum possessionis nulla in re differret ab aditione hæreditatis: & Constantius tantùm necessitatem petitionis solemnis & necessitatem Prætoris aut Præsidis adeundi in agnoscenda bonorum possessione sustulit; *d. l. ult. Cod. qui adm. ad bon. poss.* In hisce regionibus bonorum possessionis nullus usus est; sed utimur tantùm aditione sive agnitione hæreditatis civili. De Germania idem testatur Giphanius. De Gallia Baro & Bugnion. *lib. 5. leg. abrog. c. 17. in fin.* Apud quosdam adhuc locus esse dicitur bonorum possessioni *Unde vir & uxor*; apud nos tamen numquam usurpata fuit. Quin contra non semel accidit, ut fiscus, nemine ex consanguineis sese offerente, bona cum superstite conjuge diviserit, *dec. supremi apud nos Senatus 7. Grot. 2. introd. 30. ad Christ. vol. 6. dec. 62. n. 6. Gudel. li. 2. de jur. noviss. c. 16. Zypæ, not. jur. Belg. tit. Unde liberi Groenew. tit. C. Unde vir & ux.*

TITULUS XI.

DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Continuatio, & origo.

SEquitur nunc species acquisitionis per universitatem, quæ inter hæc genera tertio loco collocata est; §. *ult. sup. per quas pers.* nimirum acquisitio per adrogationem. Inter superiores autem illas & hanc hæc est differentia; quòd per illas defuncti; per hanc viventis universa bona acquirimus. Estque hæc acquisitio necessarium consequens juris patriæ potestatis.

TEXTUS.

Est & alterius generis per universitatem successio: quæ neque lege duodecim Tabularum, neque Prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

NOTÆ.

Eo iure, quod consensu] Id est, moribus & consuetudine. Quamvis enim jus patriæ potestatis lege Romuli introductum, & à Decemviris postea repetitum est, cujus hæc acquisitio videtur esse sequela: tamen nulla lege cautum, ut liceret civi Rom. filium sibi adsciscere. Quin singulæ olim adrogationes populo auctore fiebant in comitiis.

COMMENTARIUS.

CUm jus hujus acquisitionis dependeat à jure antiquo patriæ potestatis, quæ potestas lege Romuli primùm introducta, à Decemviris postea repetita est; ut ostendimus *sup. tit. de patr. potest.* ex lege potiùs seu legis sententia hanc acquisitionem descendere, quam moribus, aut consuetudine receptam esse, dicendum videtur; *arg. l.6. §. 1. de verb. obl. & sup. tit. de leg. patron. tut.* cùm satis constet, eos qui adrogantur, tam jure legeque filiosfam. fieri, quàm si ex patre matreque ejus familias nati sint. Dicitur quidem etiam patria potestas moribus recepta; *l. 8. de his qui sui vel al. iur.* sed dumtaxat certo respectu, ut loco citato demonstratum est. D. Cujacius non ad modum acquirendi hæc refert, sed ad jus adoptandi seu adrogandi: quod extetum cùm esset; populus Rom. receperit, sibique adsciverit ex legibus theticis Græcorum. Sanè nusquam proditum est, lege aliqua cautum, ut liceret civi Romano filium sibi adoptare. Quin singulæ adrogationes stante Repub. per populi rogationem fiebant comitiis curiatis; quod diligentiùs expositum *tit. de adop.*

TEXTUS.

Quæ hoc modo acquiruntur.
Jus vetus.

1. *Ecce enim cùm paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res eius corporales & incorporales, quæque ei debita sunt, adrogatori antea quidem pleno iure acquirebantur, exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt; quales sunt operarum obligationes, & ius adgnationis: usus etenim & usus fructus licèt his antea connumerabantur; attamen capitis deminutione minima eos tolli prohibuit nostra Constitutio.*

NOTÆ.

1. *Quales operarum*] Officialium scil. nam fabrilium obligatio capitis deminutione non perimitur: quippe quæ à quocumque cuicumque rectè solvuntur; *leg. 9. §. 1. de op.* Locus difficilis, quem Th. se explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapsu, ut credo, memoriæ: vid. sis Cujac.

Nostra Constitutio] *l. pen. C. de usuf.* vid. *sup. §. pen. d. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Per adrogationem etiam possessionem acquiri adrogatori, & quare.*
2 *Operarum obligationes quæ hic intelligantur.*

OMnes res eius] Qui se adrogandum dat; cum capite fortunas quoque suas, id est, omnia, quæ habet, transfert ad patrem adoptivum; *l. pen. §. 2. sec. tab. l. 15. de adopt.* adeò ut actiones etiam & nomina transeant sine ulla cessione, *hoc text.* quippe cessio, quæ aliàs ad actiones transferendas necessaria est, hîc non est: quoniam hæc acquisitio universalis est, & quantum ad commoda attinet, successioni per omnia similis. Quin etiam non propriet.as tantùm, verùm & possessio adrogatori acquiritur; *l. 16. de precar.* neque absurdum est, licèt id Faber existimet, plus in eo tribui adrogatori quàm hæredi: ad quem etsi adita hæreditate jura omnia transeunt; possessio tamen non pertinet, nisi eam naturaliter apprehenderit, *l. cum hæredes 23. de acq. poss.* Nam adrogatus, qui ante adrogationem suo nomine possidebat, adrogatione facta, patris nomine possidere incipit, eumque statim possessorem ministerio suo facit, *arg. l. quod meo 18. d. tit.* Non idem dici potest 1

test possessore mortuo; ac proinde nec de hærede: quod etiam Glossa intellexit, & Bart. in *d. l. 16.* ubi etiam hoc à simili colligit, si aliquis monasterium intraverit, ipso ingressu sine nova apprehensione monasterium acquirere rerum omnium possessionem; de quo ampliùs *DD. in auth. si qua mulier. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* Atque olim quidem hæc omnia adrogatori acquirebantur pleno jure: Justinianus verò eamdem moderationem hic servari voluit, quam adhibuit in acquisitione per liberos naturales; *§. 2. inf.*

2 *Quales sunt operarum obligationes*] Operarum sc. officialium; quod additum oportebat: nam fabrilium obligatio capitis minutione non perimitur. Quod ut perfectiùs intelligatur, sciendum est; operarum duas esse species; officiales; & artificiales. Officiales sunt, quas libertis patrono officii causa præstat: artificiales, quæ in artificio aliquo consistunt, puta fabricandi, pingendi, medicandi. Illæ non ab alio quàm à liberto, nec alii quàm patrono, deberi possunt: artificiales à quocumque cuicumque rectè solvuntur; *l. 9. §. 1. de oper. libert.* Hinc est, quòd artificiales etiam in hæredem transeunt; officiales non item; *l. 6. l. 7. §. pen. eod.* quòdque officialium obligatio adrogatione extinguitur. Hoc enim fieri necesse est, quandoquidem in persona adrogati durare non potest, nisi acquiratur adrogatori. At adrogator patronus non est, cui soli hæ operæ deberi possunt; ut dictum est. Planè jus obsequii non videtur capitis deminutione perimi *arg. l. 10. §. 2. de in jus voc.*

Ius adgnationis] Quæ jura agnationis tributa sunt, capitis deminutione pereunt; & ideò ad adrogatorem transire non possunt, veluti jus percipiendarum legitimarum hæreditatum; *l. 7. de cap. minut. §. 2. sup. de Senatusc. Orfic.* Quamquam hoc ad eas tantùm hæreditates pertinet, quæ lege duodecim tabularum, non etiam ad eas, quæ novis legibus aut Senatusconsultis deferuntur; *d. l. 7. & d. §. 2.* de quo dictum alibi. Sed nec jus legitimæ hæreditatis, quod patronus ut patronus habet, adrogatione ejus perimitur; *l. si libertus 23. l. patroni 30. de bon. libert.*

Usus & ususfructus] Olim usus & ususfructus etiam minima capitis minutione extinguebantur; *l. 1. quib. mod. us. am. Paul. 3. sent. 6.* eadem ferè ratione, qua operarum officialium obligatio; sed hoc sustulit Justinianus *l. pen. C. de ususfr. id. sup. §. pen. de ususfr.*

TEXTUS.

Jus novum.

2 *Nunc autem nos eamdem acquisitionem, quæ per adrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud nisi tantummodò, ususfructus tam naturalibus parentibus quàm adoptivis per filiosfamilias acquiritur in iis rebus, quæ extrinsecùs filiis obveniunt; dominio eis integro servato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad adrogatorem pertransit: nisi supersint aliæ personæ, quæ ex Constitutione nostra patrem in iis, quæ acquiri non possunt, antecedant.*

NOTÆ.

Etiam dominium ad adrogatorem] Non jure peculii, sed jure hæreditatis ei delatæ post liberos & fratres defuncti; *l. 4. C. de bon. quæ lib.* Hæ enim sunt illæ personæ, quas mox ait patrem antecedere ex sua Constitutione; quæ est *l. ult. C. comm. de success.*

COMMENTARIUS.

AD *similitudinem naturalium parentum*] Et rectè. Nam cùm naturalibus parentibus eorum, quæ extrinsecùs obveniunt, usumfructum tantùm acquiri voluerit, proprietate filiis concessa; *l. 6. C. de bon. quæ lib. §. 1. sup. per quas pers.* ratio non patitur, ut plus juris tribuatur patri adoptivo.

Etiam dominium rerum] Etsi jam primorum Principum Constitutionibus jus acquirendi per filiosfamil. nonnihil imminutum fuit: tamen in adventitiis æquè ac profectitiis bonis diu jus vetus patri servatum, atque hactenus quoque in peculio castrensi & quasi castrensi: ut tametsi vivente filio nihil juris in eo pater haberet, liceretque filio in his bonis hæredem sibi testamento instituere; tamen eo intestato mortuo, pater tam res castrenses, quàm reliquas jure peculii occuparet, adeò ut nullorum adhuc bonorum hæredem filius ab intestato haberet, *leg. 1. de castr. pec.* Tamdem secuta est major mutatio, & primò quorumdam adventitiorum dumtaxat, postremò eorumdem omnium usumfructum tantùm patri acquiri placuit, tributa filio earum rerum proprietate: datique ei sunt & in castrensibus & in peculii adventitii proprietate hæredes ab intestato; primùm liberi ejus; dein fratres; tertio loco parentes; *leg. 3. leg. 4. d. l. g. 6. Cod. de bon. quæ lib. leg. ult. Cod. comm. de success.* Igitur quod hic ait Justinianus; Mortuo filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium bonorum adventitiorum adrogatori acquiri, non sic accipi oportet: Acquiri ei jure peculii; alioqui nemo ei anteponeretur; sed acquiri jure hæreditatis ei delatæ post liberos & fratres defuncti. Hæ enim sunt illæ personæ, quæ hic patrem dicuntur antecedere ex Constitutione Justiniani, quæ est *l. ult. C. comm. de succ.* Fusiùs hæc explicata sunt *lib. 2. quib. non est perm. fac. test. Nov. 118.* ordo successionis mutatus.

TEXTUS.

Effectus hujus acquisitionis.

3. *Sed ex diverso pro eo quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenitur: & si noluerit eum defendere; permittitur creditoribus, per competentes nostros Magistratus bona, quæ ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.*

NOTÆ.

3. *Ipso quidem jure*] Id est, τῷ ἀκριβείᾳ, rectè Th. meta & stricta ratione juris; cum nemo personali actione teneatur, nisi qui contraxit, aut hæres ejus. Adrogator autem non contraxit: neque personam suscepit adrogati hæredis instar: neque ex ante gesto de peculio conveniri potest; *l. 42. de pecul.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones, quæ in adrogatum competebant, directò in adrogatorem non dari: neque actionem de peculio ex ante gesto.*
2 *An adversus adrogatum directæ actiones salvæ maneant.*

IN hoc quoque dispar ratio est adrogatoris & hæredis: quòd in hæredem etiam illæ actiones, quæ adversùs defunctum competebant, directò dentur; in adrogatorem non dentur, quæ competebant in adrogatum. Neque enim ut hæres personam defuncti, ita & adrogator suscipit personam adrogati. Quòd obligationes & actiones adrogatori acquirantur; id ei tribuit jus patriæ potestatis, cujus juris hæc vis est: ut omnia patri per filium quærantur, non etiam ut filius contrahendo patrem obligare possit præterquàm de peculio: sed hoc specialem rationem habet; videlicet: Quia pater, concredendo peculium, hoc ipso etiam jus contrahendi hactenus ei permittere videtur; per *l. 1. §. 5. de acq. poss.* Atque hoc ipsum argumentum est: adrogatorem de peculio conveniri non posse ex ea obligatione, quam adrogatus, antequam adrogaretur, contraxit; quomodò accipienda *l. in adrogatorem 42. de pecul.* ut scil. sententia Sabini & Cassii, qui ex antegesto actionem de peculio non dabant, Ulpiano probetur. Hoc ipsum ex eo quoque confirmatur, quòd ipsius patris, qui actione de peculio conveniri potest, si filium non defendat, bona possideri jubentur; *l. 7. §. si quis 15. de reb. auct. jud. poss.* Ad hæc tempore contractus adrogatus erat adhuc sui juris, ut nec peculium habere potuerit.

Ipso jure adrogator non tenetur] Hæc verba *Ipso jure* Cujac. & Pacius sic interpretantur: Ipso jure prætorio; ego: Mera & stricta ratione juris, τῷ ἀκριβείᾳ, ut in §. *actiones 10. inf. de act.* Hoc enim significat, Neminem personali actione teneri, nisi qui contraxit, aut hæredem ejus: adrogatorem autem non contraxisse, neque personam suscepisse adrogati hæredis instar.

Sed nomine filii] Ex æquo & bono: neque enim in fraudem & præjudicium creditorum adrogationes fieri permittendum erat. Et est æquissimum, ut parens adrogator, qui bona omnia tenet, filium defendat: aut si nolit defendere; patiatur creditorem mitti in bona, quæ filii ante adrogationem pleno jure fuerunt. Illud quæsitum est: An actiones ipso jure adrogatione pereant, atque ex edicto de capite minutis restituantur; an salvæ maneant, directæque adhuc in adrogatum; in adrogatorem utiles dentur? Prius Bachov. placet hac ratione: Quoniam omnia bona adrogati ipso jure acquiruntur adrogatori saltem ex ratione juris veteris; vel potiùs quia capitis deminutione etiam minima, quam adrogato contingere constat, subtilitate juris actiones pereunt; *l. 2. de cap. min.* Prior ratio nullius momenti est. Nam cum in persona filiifam. etiamsi bona non habeat, & patri omnia acquirat, obligatio consistere possit; *l. 39. de obl. & act.* satis liquet, ob hoc solùm obligationem in persona adrogati non tolli, quòd bona habere desinit. Ac ne illud quidem video, qua ratione dici possit: Actiones perire capitis deminutione adrogati. Neque enim sola familiæ mutatio actionem perimere potest, nisi quid aliud interveniat, ut in emancipatione per quam filius deducebatur in imaginariam servilem causam; *l. 3. §. 1. de c. min.* In adrogatione verò nullæ venditiones aut manumissiones intercedebant. Probabilius itaque mihi videtur, in quæstione proposita actiones non ipso jure sublatas atque ex edicto restitutas fuisse: sed mansisse salvas & utiles ex ante gesto in adrogatorem datas hoc effectu, ut aut creditoribus responderet; aut, hoc eo non faciente, pateretur eos mitti in bona, quæ filius habuit, & transtulit similiter; ut in specie *l. 7. §. pen. d. tit.* neque aliud hic locus significat.

Cum usufructu fuissent] Hoc ideò ait: quia nunc solus ususfructus parenti adrogatori quæritur, proprietate penes adrogatum manente; *§. pr.* Ait: Legitimo modo disponere; de quo adi *tit. Pand. quib. ex caus. in poss. eat. & de reb. auct. jud. poss. item de curat. bon. dand.*

TITULUS XII.

DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

Continuatio, & summa.

TEXTUS.

Accessit novus casus successionis ex Constitutione Divi Marci. Nam si ii, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non aditur hæreditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa; audiuntur.

NOTÆ.

Bona sibi addici] Qui quidem neque hæredes sunt, neque bonorum possessores; attamen quia in locum defuncti succedunt, bon. possessoribus assimilantur; *leg. 4. §. propen. de fideic. libert.* atque in eos tamquam hæredes prætorios utiles actiones creditoribus dantur; *l. 3. d. tit.*

COMMENTARIUS.

QUartus acquirendi per universitatem modus, & postremus inter eos, qui propositi sunt §. *ult. sup. per quas pers.* est libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Hæc acquisitio neque lege antiqua introducta aut confirmata est; ut hæreditas: neque jure prætorio; ut bonorum possessio: neque consensu populi; ut adrogatio; sed ex Constitutione D. Marci descendit, cui Constitutioni causam dedit favor libertatis; *l. 2. de fideic. lib. l. 6. & l. ult. C. de testam. man.* Etsi autem is, cui bona libertatis causa addicta sunt, neque hæres est, neque bonorum possessor: tamen quia in locum defuncti succedit; bonorum possessori assimilatur; *l. 4 §. propen. de fid. lib.* atque in eum tamquam in hæredem prætorium utiles actiones creditoribus dantur; *l. 3. d. tit.* Verba Constitutionis D. Marci primùm Justinianus refert; deinde exponit.

Qui libertatem acceperunt] Uberiùs sub disjunctione dixisset; *Vel quilibet extraneus*; qua disjunctione utitur *l. ult. in pr. C. de testam. man.* & ita loquitur, quasi Constitutio D. Marci eodem modo disjunctim locuta sit; quemadmodum etiam Jurisconsultus *l. quod D. Marco 50. §. 1. de man. testam.*

Ex quo non aditur hæreditas] Fieri enim sæpè potest, ut hæres metuens æris alieni hæreditarii magnitudinem, hæreditatem adire recuset: atque ita deserto testamento; nihil ex eo ac ne libertas quidem debeatur; *l. 2. C. de test. man. l. 1. C. de fideic. libert.*

TEXTUS.

Rescriptum D. Marci.

1. *Et ita divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent:* Si Verginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona ejus esse cœperunt, ut venire debeant; is, cujus de ea re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum quæ directò, quàm earum quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idoneè creditoribus caveris, de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hæreditas adita esset: ii autem, quos hæres manumittere rogatus est, à te libertatem consequentur; ita ut si non alia conditione velis tibi bona addici, quàm ut ii etiam, qui directò libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii, quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat: si fiscus bona agnoscere voluerit, & ii, qui bonis nostris attendunt, sciant, commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam; & ita bona cogenda, ut libertas eis salva sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hæreditas ex testamento adita esset.

NOTÆ.

1. *Pompilium Rufum*] Putat Eguin. Baro servum, ad quem rescribit D. Marcus, prænomen sortitum esse manumissoris, & ad id tempus Justinianum respexisse.

Nemine Successore ab intestato] Aliàs si destituto testamento is, qui ab intestato venit, hæreditatem amplectatur, libertates non debentur; *l. 1. C. de fideic. lib.*

Tui

Tui liberti fiant] A te libertatem accipiant tamquam fideicommissariam. Vves.

Si fiscus bona agnoscere] Fisco quoque causa libertatis prælata, ut nec ille aliter ad bona vacantia admittatur, quàm si & ipse libertates præstet; *d. l. 4. §. 17. de fideicom. lib.*

COMMENTARIUS.

Pompilium Rufum] Hæc nomina non conveniunt servo, non magis, quàm *Gajus Seius l. 23. de manum.* & ideò assentiri non possum Theophilo asserenti: Hunc Pompilium Rufum fuisse unum ex servis Verginii Valentis testamento manumissis. Utut est, etiam extrario libero homini ipsa constitutione D. Marci permitti bonorum addictionem; ostendunt *d. l. 50. §. 1. de man. test. l. ult. C. eod.* quamvis potiùs ad extrarios productam colligas ex *l. 6. C. eod.*

Testamento libertatem adscripsit] Hoc rescriptum locum non habet, nisi libertates datæ sint. Ait: *Adscripsit*. Quid si libertates dedit, hærede testamento non scripto, sed nuncupato? Placet; etiam hic Constitutioni esse locum; *d. l. ult. C. de testam. man.*

Nemine successore ab intestato] Explicatiùs dixisset; nec ex testamento, nec ab intestato: siquidem huic rescripto locus non datur, nisi cum nec ex testamento, nec ab intestato quisquam hæres est; *d. l. ult.* Nemo tamen ex hoc loco colligat: testamentariis hæredibus repudiantibus, si ab intestato hæres existat, libertates præstandas esse; certum enim est, destituto testamento, si is qui ab intestato venit, hæreditatem amplectantur, nec libertates deberi; *l. 1. C. de fid. lib. l. 14. C. de fideic.* Ut enim magnus sit libertatis favor; tamen tantum huic favori tribui non debuit, ut jus alteri quæsitum, legitimis nimirum hæredibus, auferatur.

Venire debeant] Si cui mortuo nemo hæres extet, qui creditoribus satisfaciat, bona ejus in ea causa sunt, ut possideri à creditoribus, aut recta constituta auctione vendi possint; *l. 8. quib. ex ca. in poss. l. 6. C. de bon. auct. jud. poss.* Ex quo intelligimus: hac Constitutione etiam famæ defuncti consultum.

Addicantur] Addici igitur bona dicuntur, cum ab eo, qui jurisdictioni præest, causa cognita petenti attribuuntur; qui proinde tamquam decretalis bonorum possessor constituitur.

Si idoneè caveris] Addici ita demum bona voluit, si idoneè creditoribus cautum fuerit, de solido, quod cuique debetur, solvendo, *l. 2. l. 4. §. addici 8. de fideic. lib. merito*. Ita enim favendum libertatibus est, ut ne alteri inferatur injuria. Quid est autem idoneè cavere? Satisdato utique; vel pignoribus datis. Sed tamen & si fides habita fuerit promittenti sine satisdatione; placet, idoneè cautum videri; *d. l. 4. addici.* De solido autem, id est de sorte & usuris, *d. l. 4 §. de solido 11.* Julianus etiam pactionem de parte solvenda creditoribus admittendam censuit, *d. l. ult. §. 1. de testam. man.*

Quibus directa libertas data] Qui directam libertatem acceperunt; statim post addictionem bonorum liberi fiunt; qui fideicommissariam; manumittendi sunt ab eo, cui bona addicta sunt. Itaque illi Orcini; hi liberti manumissoris efficiuntur. Planè qui bona sibi addici desiderat, ut mox sequitur: si non alia conditione velit sibi addici, quàm ut etiam hi, qui directam libertatem acceperunt, ipsius liberti fiant, fient, si modò consentiant contenti fideicommissaria libertate: neque tamen dissensu quorumdam impeditur bonorum addictio, sed quem patronum habere recusant, dominum habere coguntur; *d. l. ult. C. de test. man.*

Ac si hæreditas adita] Aut bonorum possessio admissa decretave. Non igitur ex pactione, sed ex addictione, quæ vicem aditionis hæreditatis aut agnitionis adjudicationisve bonorum possessionis obtinet. Illud notandum: loqui rescriptum in casu testamenti facti, nam ab intestato nemini libertas directò competere potest.

Si fiscus bona agnoscere] Bona eorum, quæ hæredem non habent, vacantia dicuntur; ea à fisco jure regalium occupari, notissimi juris est. Verùm in hoc argumento libertatis causa commodo fisci benignè prælata est: ut etiam si non sit, qui bona sibi addici petat conservandarum libertatum gratiam, tamen fiscus non aliter admittatur, quàm si & ipse libertates præstet, *d. l. 4. §. eadem 17. de fid. libert.* Enim verò si bona damnati vel debitoris sui fiscus occupet, cessat hæc Constitutio. Sic cum Accurs. accipio illud, *si alia ratione agnoscat*, in *d. §. eadem*.

TEXTUS.

Utilitas rescripti.

2. *Hoc rescripto subventum est & libertatibus & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur, & veneant. Certè si fuerint hac de causa bona addicta; cessat bonorum venditio: existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoris cavet.*

COMMENTARIUS.

Indicatur hoc §. primùm finis atque utilitas hujus rescripti, deinde ostenditur, non esse conjunctum cum injuria creditorum. Finis rescripti duplex est: ut libertates datæ conserventur; qui principalis est: tum ut famæ defuncti consulatur: cui ignominiosum bona sua à creditoribus possideri & distrahi; qua de re M. Tullius *pro Quintio* & Justinian. *§. 1. sup. quib. ex ca man. & §. 1. de hær. qual.* Creditores injuria non afficiuntur: nam per bonorum ex hac causa addictionem fit quidem, ut ipsi in bona defuncti ire & sibi consulere non possint; cæterum existit idoneus defuncti defensor, qui de solido, quod

cuique debetur, solvendo caveat, ut justam querimoniæ causam nullam habeant. Ita enim in universum jus est: Ut quoties alicujus defensor idoneus existit; creditores in bona ejus non mittantur; *l. 2. & poss. quib. ex ca. in poss. l. sed & har. 35. §. 3. l. pen. de procur.* Legatariis ex hac causa nec cavendum est: quippe qui, destituto testamento, nihil consequerentur.

TEXTUS.

3. *In primis hoc rescriptum toties locum habet, quoties testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas? Favor Constitutionis debebit locum habere. Certè si testatus decesserit, & codicillis dederit libertatem; competere eam nemini dubium est.*

4. *Tunc enim Constitutioni locum esse, verba ostendunt, cùm nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrùm existat, an non; cessabit Constitutio. Si verò certum esse cœperit, neminem existere; tunc erit Constitutioni locus.*

5. *Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit hæreditate: quamvis potest in integrum restitui; potest admitti Constitutio, & bonorum addictio fieri. Quid ergo, si post addictionem libertatum conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates; quia semel competierunt.*

NOTÆ.

4. *Quamdiu incertum*] Ex Ulp. *l. 4. pr. de fideic. libert.*

5. *Qui in integrum restitui potest*] Hic locus descriptus est ex *d. l. 3. §. 1. & 2.*

COMMENTARIUS.

Constitutio D. Marci nominatim loquitur de libertatibus testamento datis. Cæterum & si quis intestato decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas; placuit; ad hunc quoque casum favorem Constitutionis extendi, juxta id quod dicitur; Favores esse ampliandos, *l. 2. de fideic. lib. l. ult. Cod. de test. man.* Quartus & quintus §. desumpti ex *l. 4. pr. §. 1. & 2. d. tit.*

TEXTUS.

Si libertates datæ non sunt.

6. *Hæc Constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sint datæ; cessat Constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates vel mortis causa, & ne de hoc quæratur, utrùm in fraudem creditorum, an non, factum sit; idcircò velint sibi bona addici, an audiendi sunt? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba Constitutionis.*

COMMENTARIUS.

Favor rescripti à Justiniano etiam ad eum casum trahitur, quo mortis causa libertates datæ sunt, vel etiam simpliciter inter vivos, ut statim valeant, si creditores postea obsistant, quod in fraudem suam datas dicant. Quamvis enim verba Constitutionis hic deficiant; ex æquitate tamen & sententia ejus hoc etiam admitti debere, & audiri eum, qui libertatem accepit, si bona sibi addici velit, parato creditoribus idoneè cavere. Et igitur in proposito quæ libertates ipso jure non valerent, conservantur beneficio addictionis bonorum.

TEXTUS.

De speciebus additis à Justiniano.

7. *Sed cum multas divisiones ejusmodi Constitutioni deesse perspeximus; lata est à nobis plenissima Constitutio, in qua multæ species collatæ sunt, quibus jam hujusmodi successionis plenissimum est effectum: quas ex ipsius lectione Constitutionis potest quis cognoscere.*

COMMENTARIUS.

Constitutione Justiniani, quæ est *l. ult. C. de est man.* jus addictionis bonorum à D. Marco introductum multis modis amplificatum est. Amplificationem Hotomannus quatuor his versibus complectitur. 1. *Ius postulandi annum esto.* 2. *Si plures simul satis dato postulent, iis bona simul addicuntur.* 3. *Ejus, qui plus se præstaturum satisdabit, potissimum jus esto.* 4. *Qui plus quàm alter cui addicta bona sunt, intra annum offerret, altero libertatem suam retinente, bona obtineto.* Hujus & superioris tituli hodie nullus usus est.

TITULUS XIII.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO.

C. Lib. 7. Tit. 24.

TEXTUS.

Erant ante prædictam successionem olim & alia per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis, debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta: & tunc locum habebat quando judicia ordinaria in usu fuerant: sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est: ideò cum ipsi ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodò creditoribus datur officio judicis bona possidere, & , prout utile eis visum est, ea disponere; quod ex latioribus Digestorum libris profectius apparebit. Erat & ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio: cùm libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertatem substantiam. Quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & à nostra civitate deleri, & non inseri nostris Digestis concessimus.

NOTÆ.

Qualis fuerat bonorum emptio] Bonorum appellatio, sicut hæreditatis, universitatem quamdam ac jus successionis demonstrat: & bonorum emptor similis erat bonorum possessori, *l.* 4. §. 21. *de fideicommiss. lib.* Successit autem hæc ignominiosa bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in partes lege 12. tabularum introductæ: quam erudelitatem consensu publico postea erasam esse, & in pudoris notam pœnam capitis conversam bonorum adhibita proscriptione, testatur Tertullian. Apol cap. 3. *Suffundere*, inquit, *maluit hominis sanguinem, quàm effundere* Add. Gell. *lib.* 20. *cap.* Salmas. *de mod. usur. cap.* 18.

Per multas ambages] Bona debitoris, postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, edicto possideri jubebantur: dein Magister postulabatur & creabatur, per quē distrahebantur, & emptori addicebantur; qui omnibus in solidum satisfaciebat: aut antequam emeret, cum creditoribus & de certa parte decidebat. Cic. *pro Quint.* & 6. *ad Attic.* 1. Atque hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur. Fusiùs hæc Th.

Vinnius in Institut.

Quando judicia ordinaria] Planius dixisset: Quando veterum judiciorum ordo servabatur, quem posteritas neglexit: quamquam quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video ac nec illud quidem, quid circa eam postea innovatum: nisi quòd bonorum emptor desierit esse successor universi juris, & bona ita vendi cœpta, ut ex pretio eorum creditoribus satisfieret, *l.* 5. & 6. *C. de bon. auct. jud. poss.*

SC. Claudiano] Ejus meminit Tac. 12. *annal.* Tertull. 2. *ad ux.* auctorem hujus juris Vespasianum facit Svet. ca. 11. fortè quia ab eo renovatum.

Libertatem amittebat] Post trinam denunciationem domini. Th. denunciationis meminit & Ulp. *tit.* 11. §. 10. Paul. *leg.* 27. *de pos.* Tacitus autem denunciationis non meminit, sed simpliciter ignorantis domini. Et fortè disputatione JCtorum hæc necessitas addita SCto. Hodie libertatem non amittit, sed verberibus castigatur servus, & dissolvitur ejusmodi conjunctio, *leg. un. Cod. de SC. Claud. toll.*

COMMENTARIUS.

Referuntur hoc tit. duæ species acquisitionis per universitatem: quarum altera jam ante Justinianum in usu esse desiit, alteram ipse sustulit.

Qualis fuerat bonorum emptio] Si quis in jus vocatus potestatem sui non faciebat, neque defendebatur: ejus bona ex edicto possideri jubebantur: post deinde iis vendendis Magistri constituebantur, & postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, emptori uni ex creditoribus, aut cui extraneo addicebantur, qui bonorum emptor dicebatur, & omnibus in solidum satisfaciebat. Quòd si diffidebat, ne paria facere posset, tum, antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Huc pertinet locus *Cic.* 6. *ad Attic.* 1. ubi scribit: Sine edicto non posse transigi de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis: hæc enim ex edicto & postulari & fieri solere. Item illud ex oratione *pro Quinto*: *Cujus bona ex edicto possidentur*,

tur, hujus omnis fama & existimatio cum bonis simul possidetur, de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur; huic ne perire quidem tacite obscureque conceditur: cui magistri fiunt, & domini constituuntur, qui qua lege & qua conditione pereat, pronunciant, &c. Idem observatum fuisse, cùm bona defuncti solvendo non essent, nec hæredem reperirent: ostendit hic textus. Neque hæc ratio vendendi bona Pandectarum jure incognita est; *l. cum bona 16. l. Fundus 29. de reb. auct. jud. poss. l. Imperator 60. de pact. l. 9. de cur. fur. l. 4. C. de bon. auct. jud. poss.* Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proscriptique sectoribus in auctione venderentur: qui, ut tradit *Ascon. ad lib. 1 in Verr.* spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, & semel pecuniam ærario inferrbant; ac postea pro compendio suo singulas quasque res populo venditabant. Quò refert Hotomannus, quod Varro *lib. 2. de re rust. cap. 10.* modos acquirendi legitimi dominii enumerans scribit: *Tum ve cum in bonis sectione cujus publicè venit*. Hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur; videturque successione ignominiosa ista bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in partes lege 12. tab. introducta; quam crudelitatem consensu publico postea erasam esse, & in pudoris notam pœnam capitis conversam adhibita proscriptione; testatur Tertull. *Apol. cap. 3. Suffundere*, inquit, *maluit hominis sanguinem, quam effundere*. Add. *Gell. lib. 20 cap. 1. Salmas. de mod. usur. cap. 18.*

Per multas ambages] Ter creditores adire Prætorem oportebat; primùm, ut liceret bona possidere: deinde, ut liceret magistrum bonis constituere, qui in auctione divenderet: postremò, ut legem dare bonorum venditioni, & cum emptore, cui addicerentur, de parte ejus, quod cuique deberetur, pacisci. Cæterum hæc fusiùs Theophilus.

Cum extraordinariis judiciis] Quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat; non video: uti nec illud; quid hic posterioribus temporibus innovatum. Sanè nihil in eo, quòd creditores in possessionem bonorum mittuntur, & postquam ea per certum tempus possederunt, jus vendendi à Prætore impetrare possint. Hæc ordinaria ratio procedendi etiam temporibus Ciceronis fuit, eademque in Pandectis; quo hic remittimur, sub *tit. de reb. auct. jud. poss.* & in Codice quoque relata est; *l. 6. & 9. Cod. eod. tit.* Videntur mihi Compositores malè ista inter se opposuisse tamquam pugnantia; *Permitti bona possideri*: & post certum tempus *Venire universa vendi*. Plane quod Theoph. refert: Bonorum emptorem hæredis seu bonorum possessoris loco habitum fuisse; id postea obtinuisse non puto: sed ita bona vendita, ut ex pretio creditoribus satisfieret; desiisseque hanc acquisitionem esse universalem. Jure novissimo modus missionis creditur constitutus; ut jam missio non fiat in universa bona, sicut olim *tit. de reb. auct. jud. poss.* sed tantùm pro quantitate debiti: *Nov. 53. cap. 4. §. 1.* unde *auth. & qui juvat. C. de bon. auct. poss.*

Libera mulier servili amore bacchata] Senatusconsulto libera mulier, quæ se alieno servo junxerat, domino servi cum bonis omnibus addicebatur. Meminit hujus Senatusconsulti Tacitus *lib. 12. annal.* ubi de rebus gestis sub Claudio tractans sic scribit: *Inter quæ refertur ad Patres de pœna fœminarum, quæ servis conjungerentur; statuiturque: ut ignaro domino ad id prolapsæ; in servitute: si consensisset, pro liberta haberetur.* Ita locum ex Codice Farnesiano restituit Lipsius. Svetonius hoc ipsum decretum adscribit Vespasiano, ut nisi erret Svetonius, id repetitum fuisse necesse sit. Denuntiationis Tacitus non meminit, sed simpliciter ignorantis domini; unde licet existimare: necessitatem denuntiandi, ne cum servo consuetudinem haberet, (*vid. Ulp. tit. 11 §. maxima 10. d. 27. de poss. l. un. C. de sed Claud. toll. l. edicimus, C. Theoph. de muri leg. Theoph. hic Vet. Tab. lib. 1. semest. 25.*) disputatione Jurisconsultorum Senatusconsulto additam. Justinianus autem hoc Senatusconsultum sustulit, permisitque domino potestatem, si quid tale servus commiserit, eum castigandi, atque avellendi à muliere; simul denuntians: non impune laturum dominum, si hac potestate non utatur; *d. l. ult. C. de sen. Claud. toll.*

TITULUS XIV.

DE OBLIGATIONIBUS.

D. Lib. 44. Tit. 7. C. Lib. 4. Tit. 10.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Duo insignes errores notati.*
3 *Neque definitionem neque divisiones hic propositas continere omnem speciem obligationis.*
4 *Obligationum summa divisio.*
5 *Quid sit & quam vim habeat obligatio naturalis.*
6 *Explicatur l. 10. de obl. & act.*
8 *Non omnium naturalium obligationum eumdem esse effectum jure civili, & quæ qualem habeant.*
9 *Obligatio merè civilis.*
10 *Obligatio mixta.*
7 *Quæ res faciant, ut tantùm naturalis, non etiam civilis sit obligatio.*

Tria

TRia esse disciplinæ juris summa capita seu objecta didicimus, § *ult. sup. de jur. nat. gent. & civ.* personas; res; actiones. De jure personarum, id est, eo jure, quòd cuique competit pro conditione & statu personæ disputarum à titulo tertio usque ad finem libri primi. Rerum tractatio suscepta *tit. 1. lib. 2.* ubi diximus; rei appellatione in hac distinctione objectorum significari non tantùm ea, quæ dominii nostri sunt, cæteraque jura in rem, quæ vendicari possunt: verùm etiam jus ad rem; quod uno verbo dicimus obligationem: nec malè eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium, & obligationem: dominii verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hactenus. De obligationibus earumque contrahendarum & distrahendarum ratione nunc sequitur. Quæ tractatio continuatur usque ad tit. sextum libri 4. ubi ini-
1 tium fit disputationis de actionibus.

Duo igitur errores hic nobis vitandi sunt. Quorum unus eorum est; qui ita obligationes à rebus separant, tamquam ad tertium juris objectum, id est, actiones pertinerent; alter eorum, qui eas referunt ad objectum primum, quod est de jure personarum. In priore errore Theophilus est & vulgò Interpp qui existimant: Hic initium fieri doctrinæ de actionibus, præmittique obligationes ut actionum causas earumque matres, ut loquuntur. Hoc autem falsum esse, vel ex uno hoc apparet: quòd ista consideratione non magis obligatio ad actiones pertinet, quàm dominium quàm cætera in rem jura, quàm ipsum jus personæ: quippe quæ & ipsa singula suas actiones habent, & pariunt, §. 1. & 1. §. 13. *inf. de act.* Alter error Vvulteji est, qui *lib. 1. disc. schol. cap. 56.* & *ad hanc rubr.* contendit: obligationes referendas esse ad jus personarum. Quem temerè secutus est D. Anton. Matth. *Colleg. Inst. 2. disp. 3.* Utitur Vvulteius duplici ferè argumento. Primum est quod obligatio personæ inhæreret. Atqui eadem ratione multò magis usum & usumfructum ad jus personarum referri oportebat. Sed quid certius est, quàm ea omnia, quæ in bonis patrimonio nostro sunt, ad tractatum rerum pertinere nec solùm res corporales, verùm etiam incorporales, *sup. tit. de reb. corp. & incorp.* quo loco inter res incorporales, cum hæreditate, usufructus, servitutibus numeratur etiam obligatio, ut res in bonis nostris & subjecta acquisitioni, *add. l. 49. de verb. sign.* Apparet verò, Vulteium obligationes tantùm considerasse in relatione ad personam debitoris, cùm præcipuè hic considerandæ sint ratione creditoris, qui eas contrahendo sibi acquisivit, easque suo modo vendendo, donando, legando in alium transferre potest: quæ ostendunt, obligationes à parte creditoris esse in commercio, quod de jure personarum, puta libertatis, civitatis, familiæ, nemo dixerit. Sed etsi obligationes considerentur ex parte debitoris, ut personæ ejus inhærentes, tamen ad jus personarum ne illo quidem respectu referri possunt. Jus enim personæ dicitur, quod personam afficit quatenus persona est, id est, id jus, quo quisque in civitate censetur propter statum & qualitatem personæ suæ. Quid autem obligatio commune habet cum statu debitoris? Quis ita personas unquam distinxit, ut dixerit: quasdam personas esse obligantes; quasdam obligatas: aut hominum alios esse creditores, alios debitores? Nimirum obligatio etsi personam obligati afficit; non tamen afficit, quatenus consideratur ut persona, sed quatenus ut debitor. At debitor dicitur intuitu rei, quæ debetur. Neque enim hic finis summus est obligationis, ut personam nobis obligatam habeamus; sed ut rem in obligationem deductam consequamur; *l. 3. de obl. & act. l. stipulatio 38. §. alteri 17. de verb. oblig.* Quamobrem sive essentiam obligationum spectemus, sive objectum earum, sive finem ultimum; non aliò referri possunt aut debent, quàm ad eam disciplinæ nostræ partem, quæ est de jure rerum. Alterum argumentum Vulteii tale est. Si obligatio ad jus rerum pertineret, uti dominium pertinet; tum ex obligatione quoque uti ex dominio competeret actio in rem: at actio ex obligatione in personam est; ergo ipsa obligatio ad jus personarum non rerum referenda. [illegible], & error perspicuus [illegible]. Non enim ideò actio ex obligatione in personam esse dicitur, quia per eam aut personam, aut jus aliquod, quod in personam aut personæ sit, persequimur: (quippe semper persequimur rem aliquam externam; eam, quæ ex obligatione præstanda est) sed quia hæc actio in personam obligati dirigitur, & semper adversus eum locum habet, cùm in rem actio cum re ambulet, & sequatur possessorem; *l. actionum 25. de oblig. & act.* Quinimò contra si obligatio jus esset personæ; actio, quæ de eo jure competeret, ad classem actionum in rem referenda esset, non ad eas, quæ in personam competunt: argumento actionum præjudicialium, quæ de statu & vero jure personarum competunt, quas in rem esse expressè scriptum est in §. *præjudiciales 13. inf. de act.* quamquam hoc etiam negavit Vulteius, quia vidit sententiæ suæ repugnare. Sed de his opulentius suis locis §. 1. & d. 13. *inf. de act.* Hoc titulo primùm docetur: quid sit obligatio; deinde: dupliciter ea dividitur à causis efficientibus: postremò prima & præcipua ejus species subdividitur in quatuor species inferiores. Quoniam verò neque definitio, neque divisiones hic propositæ omnes species obligationum continent, sed ad eas duntaxat pertinent, quæ actionem eamque efficacem jure civili producunt: & tamen illæ quoque, quæ vel non producunt actionem, vel eam producunt, quæ exceptione repelli potest, suum quemdam usum & effecta jure civili habent; rectè facturi videmur, si priùs quàm ad ea declaranda accedimus; quæ hic à Justiniano tradita sunt, naturam diversitatemque obligationum à capite repetitam explicemus. Omnis obligatio vinculum quoddam juris est, quo adstringimur ad aliquid præstandum.

pe qui ipso jure hæredes existunt: necessaria emancipatis; at hodie ne illis quidem. Nam cùm novissima Justiniani lege idem jus in successione ab intestato emancipatis tributum sit, quod sui habent; *Nov.* 118. certè Prætoris auxilio non ampliùs indigent, quamvis nihilominùs ad acquirendam hæreditatem necessaria illis sit aditio. Sed neque bonorum possessio *Vnde legitimi* necessaria. Quippe cùm agnati ex lege 12. tab. cæteræ legitimæ personæ ex Senatusconsultis aut
o Constitutionibus, quibus jus agnationis iis datum est, succedere possint; *l.* 3. *unde legit.* A Prætore cuiquam jure legitimæ successionis datam non legimus. Hodie hæc species una ferè est cum *Vnde cognati*.

Vnde decem personæ] Hanc bonorum possessionem sponte evanescere necesse fuit, nullumque ejus usum relinqui, ex quo extranei manumissores, quibus ea decem memoratas personas præponebat, esse desierunt. Desierunt autem postquam Justinianus emancipationem fieri voluit sola professione patris apud competentem Magistratum denunciantis, se filium de manu sua ac potestate dimittere, omni venditionum & intercedentium manumissionum ritu sublato; *l. ult. C. de emanc. lib.* nam ex eo tempore non alius, quàm pater naturalis filii emancipati manumissor existere potuit. Cessante igitur bonorum possessione *Vnde decem personæ*; locum ejus occupare jussit
2 bonorum possessionem *Vnde cognati*: quæ olim necessaria; hodie non est post juris agnatorum & cognatorum confusionem; *Nov.* 118. Itaque tres illæ bonorum possessiones, *Vnde liberi, Vnde legitimi, Vnde cognati*, nullam necessitatem imò vix utilitatem ullam hodie habent, mutato ordine succedentium, sublataque veteri sexus, familiæ agnationisque prærogativa. Atque in hoc omnes ferè consentiunt. *Chyst. vol.* 4. *decis.* 1.

Tamquam ex familia, & Vnde patroni] Ait: Se hasce duas bonorum possessiones, *Tamquam ex familia, & Vnde patroni, liberique & parentes eorum*, sustulisse Constitutione sua de jure patronatus. Hæc est eadem illa Græca Constitutio, cujus superiùs quoque aliquoties meminit, & qua coram se causam successionis libertorum plenè definivisse testatur; §.3. *de succ. libert.* Non extat Constitutio; sed epitomem ejus nobis ex Basilicis repræsentat Cujacius *lib.* 20. *obs.* 34.

Ad similitudinem successionis ingenuorum] Hujus loci non hæc sententia est: Justinianum in successione libertorum inter se, aut in successione cognatorum liberti (agnatos, ut sæpiùs jam dictum est; liberti nullos habent) eadem jura con-
3 stituisse, quæ in successione ingenuorum: sed hæc: Voluisse simili ratione, patronum ejusque liberos, parentes, agnatosque & cognatos succedere liberto, qua succeditur ingenuis. Quod ex iis, quæ mox subjiciuntur, liquet. Ita quoque supra *d.* §. 3. *in fin. de succ. libert.* ait: Se benè concordantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecisse; cum tamen ibi tantùm definiat rationem, qua patroni eorumque liberi & cognati succedant libertis.

Vsque ad quintum gradum] Tam liberorum patroni, quàm agnatorum, aut cognatorum ejus. Quod ostendit ipsa Constitutio, in qua hæc legimus, ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τοῦ πάτρωνος, καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομείτωσαν, τὸν ἀπελεύθερον. Falluntur igitur Mynsig. & Pacius, dum verba textus restringunt ad eos, qui ex transverso patrono juncti. In summa, hanc differentiam Justinianus esse voluit ingenuitatis & libertinitatis in successionibus; Ut licèt illæ laxiùs deferantur, hæ tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni consisterent; *d.* §. 3. *de succ. libert.* in cujus §. fine ob hanc causam particula (*pene*) addita est.

Sufficiebat contra tabulas] Si libertus liberos non habens testamento suo patronum præteriisset, aut minus parte dimidia bonorum reliquisset; dabatur edicto Prætoris patrono Contra tabulas liberti partis dimidiæ bonorum possessio; §. 1. *d. tit. de succ. libert.* Justinianus pro dimidia tertiæ tantùm partis dari voluit; *d.* §. 3. Ad hanc tertiæ partis bonorum successionem admittuntur soli patroni eorumque liberi, non etiam qui ex latere veniunt. Sed nec liberi admittuntur ultra quintum gradum. Utrumque hoc eadem Constitutione expressum est: sic enim definit, ut in proposito tertię partis bonorum possessionem petere possint, ὁ πάτρων καὶ πατρώνισσα καὶ παῖδες αὐτῶν, οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τῶν πατρώνων καὶ μέχρι τούτου. οἱ ἀνωτέρω αὐτῶν κατιόντες, οἱ ἐκ πλαγίου, οὐκ ἔχουσι τὴν ἀντιποίησιν τῆς διαδοχῆς, &c.

Vnde legitimi, & unde cognati] Itaque, liberto intestato sine libertis mortuo, patronus, liberi ejus, agnati & cognati ex isti aliorum agnatorum & cognatorum ordinibus admittentur.

Vnde vir & uxor] Hanc servatam Justinianus proximo loco ab illa *Vnde cognati* collocavit, agmenque ordinariarum claudere jussit. Est inter eas, quæ ab intestato promittuntur, sola etiam nunc necessaria. Illa alia successionis species est, 4
per quam conjux inops ad partem vocatur; *auth. præterea, C. unde vir. & ux.*

Vnde cognati manumissoris] Quippe quibus sufficit generalis *Vnde cognati*; ut modò dictum est. Igitur sustulit Justinianus tres illas bonorum possessiones, quæ patrono ejusque liberis & parentibus, quæ agnatis patroni, quæ ejusdem cognatis, dabatur.

Sex bonorum possessiones ordinariæ] Duæ facto testamento, *Contra tabulas & Secundum tabulas*; quatuor tabulis non extantibus, *unde liberi, unde legitimi, unde cognati, & unde vir & uxor*. Dicuntur ordinariæ, quia certum habent in edicto ordinem, gradum & titulum, *l.* 1. *quis ord. in poss.* §. *cum igitur* 4. *inf. hoc tit.* quæ sequuntur, sunt extraordinariæ.

TEX-

TEXTUS.

Species extraordinaria.

3. *Septima eas secuta, quam optima ratione Prætores introduxerunt. Novissimè enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, Prætor stabili jure connumeravit; sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigit) accommodavit; scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, Constitutionibusve Principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.*

NOTÆ.

3. *Lege vel* SCto] *l. un. D. ut ex legib. SCtis vel constit. bon. poss.* Distinguitur etiam bonorum possessio in edictalem & decretalem, *l. 1. § 7. de succ. edict. l. 1. §. 4. unde lib. l. 30. §. 1. de acquir. hær.* illa ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione postulanti datur; ac proinde de plano peti potest, quales natura sua omnes ordinariæ: hæc non ex solo edicto, sed interveniente decreto, &c. decernitur, *l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss. l. 3. §. pen. h. t.* quales Catoniana aliæque extraordinariæ, *l. 1. & pass. de Carbon. edict. l. 84. de ac. hær. l. 14. §. ult. cont. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Extraordinariarum bonorum possessionum quasdam esse definitas, quasdam indefinitas: atque utriusque speciei exempla.*

2 *Bonorum possessionem, quæ edictalis dicitur, & eam, quæ decretalis, esse species revera oppositas, contra comm.*

PRæter sex illas bonorum possessiones ordinarias, quas sic appellari diximus, quia certo jure atque ordine, certisque personis, tum te-
1 stamento facto, tum ab intestato deferuntur, haud secus ac ex legibus hæreditas, sunt etiam nonnullæ extraordinariæ, quæ extra certum illum ordinem quibusdam accommodantur. Harum autem quædam definitæ sunt, hoc est, semel certis casibus ac personis propositæ, his ipsis, causa cognita, decernuntur; cujusmodi est ea, quæ ventri datur; *tit. de ventr. in poss. mit.* item Carboniana quæ ex edicto Carboniano datur impuberi, qui filius esse negatur, dilato status judicio in tempus pubertatis, *l. 1. & pass. de Carb. edict.* hæc expressè ordinariæ opponitur in *l. 3. §. pen. & ult. d. tit. l. 5. §. si quis, de legat. præst.* Aliæ indefinitæ & vagæ quæ variis ex causis, prout res & æquitas exigit, á Prætore decernuntur. Huc pertinent species propositæ in *l. ventre 84. de acq. hær. l. 4. §. ult. cum l. seq. l. si duobus 14. §. ult. cont. tab. l. infanti 18. C. de jur. delib. l. 2. §. si quis 11. ad Tertyll.* Nonnulli huc etiam referunt bonorum illam possessionem præparatoriam querelæ inofficiosi testamenti, quæ litis ordinandæ causa conceditur; *l. 6. in fin. & l. 7. de inoff. testam.* Pertinet huc & ea bonorum possessio, quæ lege uti detur, Senatusve consulto, aut Constitutione, cautum est; *l. un. ut ex legibus, &c. l. 3. unde legit.* Exempla ex lege Papia; lege Cornelia; Senatusconsulto Aproniano, profert Scipio Gentil. *l. 1. de jurisdict. 26. argum. §. 2. sup. de succ. libert. l. omnibus ad Senatusconsf. Treb. l. 4. C. de postlim. rev.* Cujacius & Hotomannus ex Constitutione Hadriani, qua militis capite damnati ex delicto militari bonorum possessio defertur cognatis militis usque ad quintum gradum; *l. 2. de veter. success. l. 6. §. sed & 6. de injust. rupt. t. st.* Hotomannus item aliud ex ejusdem Imperatoris Constitutione, qua in specie *l. posthumus 12. d. tit.* scriptis hæredibus defertur bonorum possessio secundùm tabulas, ut rem obtineant, quæ alioqui sine re futura erat. Permiscentur autem hæ bonorum possessiones per omnes superiores ordines, verbi causa; Carboniana datur impuberi, cui controversia sit; an sit ex liberis; si præteritus est; Contra tabulas; si institutus; Secundùm tabulas: ab intestato; Unde liberi; *leg. 1. & l. 3. de Carbon. edict.* In libris nostris bonorum possessio sic etiam distinguitur; ut quædam dicatur edictalis; quædam decretalis; *l. 1. §. decretalis 7. de succ. edict. l. 1. §. sed & 4 unde l. l. cum quidam 30. §. 1. de acq. hær.* Doctores vulgò existimant; non esse hæc nomina diversarum specierum; sed attributa tantùm, quibus una eademque specie bonorum possessio distinguatur: & edictalem dici, quatenus ex edicto Prætoris mortui, ut loquuntur, competit: decretalem, quatenus à vivo Prætore conceditur. Seu eamdem bonorum possessionem, quæ edictalis vocatur quatenus consideratur ut edicto proposita & promissa; decretalem dici quatenus petita & agnita. Ita post *Accurs. Cyn. Bart.* aliosque veteres interpretes, *Sichard. ad rub. C. qui adm. ad bon. possess. num. 10. & seqq. Schneid. in §. seq. num. 7. Mynf. hic ad rubr. num. 10. Menoch. rem. 1. adipisc. poss nu. 10. & seqq. Graff. §. bonorum possessio, quæst. 3. Tulden. comm. in hunc tit. cap. 3.* Sed videamus, an non, quod magis arbitror, sint revera hæ distinctæ & oppositæ species, & falsa illa DD. opinio. Moveor primùm; eò quòd edicta- 2
lis decretali opponitur ut ordinaria extraordinariæ; *l. 3. § hæc autem 14. & seq. de Carbon. edict. l. 5. §. 3. de leg. præst.* Deinde, quod Jurisconsultus scribit; Concessione Carbonianæ possessionis non impediri edictalem; *d. l. 1. §. 4. unde lib.* & quod huic simile in *d. l. 3. §. pen. de Carb. edict.* eum: qui se filium dicit, non solùm Carbonianam possessionem accipere debere; verùm etiam ordinariam. Tertiò; quòd decretalis expressè opponitur ei, quæ de plano agnoscitur; *l. 2. §. 1. quis ordo in bon. poss.* Quartò: quòd in tempore petendæ edictalis dies omnes utiles; id est, quibus qualiscúque Magistratus copia fuit; in decretali tãtùm dies festinum,

num, ut utiles, computentur; *d.l.2.§.1.* Quintò; quòd decretalis cum effectu propriè non intelligitur dilata, antequàm decreta est: cui consequens est; quòd nec repudiari possit; *d.l.1.§.decretalis de succ. edict.* at in edictali tempora delationis & acquisitionis distincta sunt, ut in hæreditate; ac proinde jus ejus petendæ repudiari potest; *d.l.1.§.1. & §. qui semel 6. l. in plurium 70. de acq. hær.* Hæc omnia, si quid video, clarè ostendunt; DD. in explicatione hujus rei errasse, & memoratas bonorum possessiones verè esse diversas specie, & quæ fortuna differant. Nimirum edictalem dici & esse, quæ postulanti datur ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione; quæ proinde etiam de plano peti potest; quales natura sua sunt ordinariæ omnes: decretalem, quæ non ex solo edicto, sed interveniente decreto Magistratus datur: seu quæ causa cognita petenti adjudicatur; ac proinde sedente pro tribunali Magistratu peti & decerni debet; *d.l.2.§.1. quis ord. in bon. poss. l.3. §. pen. hoc tit.* quales natura sua Carboniana, aliæque extraordinariæ; *l. venire 84. de acq. hær. l. si duobus 14. §. ult. cont. tab.* Ajo, natura sua: nam ex accidenti fieri potest, ut interdum de plano peti & concedi possit, quæ natura sua decretum requirit: atque ut in edictali propter contradictionem alterius aliquando opus sit causæ cognitione; *arg. l.1. §. si ea 14. l.7. §.1. de ventr. in poss. mitt. l.1. pr. l.3. §.4. de Carb. edict. l.3. § pen. hoc tit.* Atque ita fermè etiam doctissimi recentiorum Interpretum Baro, Duar. Cujac. Hotom. Donell. Vvesemb. Bachov.

TEXTUS.

De successorio Edicto.

4. *Quum igitur plures species successionum Prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset; & in unaquaque species successionis sæpè plures extent dispari gradu personæ; ne actiones creditorum differrentur sed haberent quos convenirent; & ne facilè in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent; ideò petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quàm adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium; cæteris autem (agnatis vel cognatis) centum dierum dedit.*

COMMENTARIUS.

Dispositis per ordinem bonorum possessionibus, edictum Prætor subjecit, quod successorium ex potissima parte appellatur. Duo enim sunt hujus edicti capita. Priore quod principale est, Prætor denunciat; Se inter eos, quibus bonorum possessio defertur, successi nem permissurum *l.1. §. quibus 10. de success. edict.* Successio hæc duplex est, una ordinum, altera graduum. Ordinum dicitur, cum ordo personarum universus, quarum in petenda bonorum possessione prima causa est, illam omisit; veluti liberis omnibus omittentibus, res ad agnatos redit, & his rursus eam repudiantibus, ad cognatos; postremò ad virum & uxorem. Hi enim nunc sunt ordines intestati; *§.2. sup. eod. l.1. §.1. unde lib. l. quis ord. in bon. poss.* quibus locis verba Jurisconsultorum à Triboniano circumcisa sunt. Vulgò hæc successio de ordine in ordinem appellatur. Potest & de capite in caput nominari; *l.5. C. qui adm. ad bon. poss.* Graduum successio dicitur, cum iis, qui in ordine aliquo sunt gradu proximo, omittentibus, remotioris gradus in eodem ordine personæ admittuntur. Quæ successio est de gradu in gradum atque in solo ordine cognatorum non etiam liberorum aut agnatorum locum habet. Nam in liberorum ordine nulla est gradus prærogativa; agnatos verò remotiores proximis repudiantibus non quasi agnatos, sed quasi cognatos, Prætor admittit; *§. placebat 7. sup. de leg. success. agn.* Sed enim cùm eo loco Justinianus etiam in hæreditatibus graduum successionem inter agnatos admiserit; Prætoris est, etiam in bonorum possessione eam inter illos admittere; *arg. l.3. unde legit.* quamquam nunc hæc disputatio supervacua est, sublata prærogativa ordinis agnatorum; *Nov. 118* Capite hujus edicti altero certum tempus petendæ bonorum possessioni præfinitur; *d.l.1. in pr.*

In unaquaque specie successionis] Id est, ordine: ut in tribus illis, intestati; liberorum, agnatorum; cognatorum. Nam quatri, viri se. & uxoris, nulli sunt gradus.

Plures dispari gradu] Gradus bifariam usurpatur, interdum pro ordine successionis ab intestato; *l.1. quis ord. in bonor. poss. l.5. unde cogn.* frequentissimè verò, ut & hoc loco, pro ordine cognationis.

Ne actiones creditorum differentur] Edictum successorium præcipuè quidem cognatorum inferiorum causa comparatum est, sed tamen ex parte id etiam creditoribus consulit, atque ipsi quoque defuncto: triplicique omnino de causa Prætor è re esse putavit, præstituere certum & breve tempus ad bonorum possessionem petendam. Prima est ut sciri posset, quando finito jure primorum graduum, sequentes eam petere possent, nullove petente, insequens ordo aut fiscus admitteretur. Altera; Ne, si bona hæreditaria diu jacerent, creditoribus longior mora afferretur; quorum interest maturè scire, utrùm habeant quem conveniant, an bona fisco sint delata. Tertia. Ne creditores, si nemo inveniatur, qui actiones excipiat, ad possessionem & distractionem bonorum procedant; quod defuncto ignominiosum; *d.l.1. in pr. & §.1. de succ. edict.*

Liberis & parentibus anni spatium] Largius tempus liberis & parentibus tributum est in honorem sanguinis; *l.1 §. largius 12. de succ. edict.* Parentes quidem nullo proprio ordine aut capite ad bonorum possessionem vocantur: cæterùm admit-

admittuntur vel ex capite Unde legitimi, ut parens manumissor, cui etiam contra tabulas datur d.l.1.§.pen. & mater, quæ ex Tertylliano venit, l.2.§.ult.unde l. vel ex capite Unde cognati. Atque ex his omnibus causis intra annum bonorum possessionem petere possunt; dict. l. 1. §. ult.

TEXTUS.

De jure accrescendi; & iterùm de successorio Edicto.

5. *Etsi intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit; ejusdem gradus personis accrescit: vel si nullus sit; deinceps cæteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit; non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur: sed statim cæteri ex eodem edicto admittuntur.*

NOTÆ.

5. *Ejusdem gradus personis accrescit*] *l.3.§.ult.* cum *2.l.seq.hoc tit. l.un.Co.quand.non pet.pars.* Nota: jus accrescendi etiam locum habere in successione ab intestato, non legitima tantùm; *§.ult.sup.de SC.Orfic.* sed etiam honoraria; vid. Duar. *t.de jur.accresc.20. & 2.c.18.*

Deinceps cæteris] Ut tamen inter cæteros admittatur & ipse, qui exclusus est: nam Prætor etiam in una eademque persona successionem admisit; v.c. Filius, omissa bon. possessione *Unde liberi*, poterit adhuc petere *Unde legitimi*, aut *Unde cognati*; *d.leg.1.§.11. de success. ed.*

Sed statim cæteri] Et repudiantibus primis statim insequentibus tempus currit; *d. l. 1. §. 6. & 10.*

COMMENTARIUS.

NOn tantùm in successione ex testamento locus est juri accrescendi, verùm etiam in successione ab intestato; tum legitima; *§.ult.sup.de Senatusc.Orfic.* tum honoria: Ut docet hic locus, & *l.3.§.ult.cum 2.l.seq.hoc tit. l.un.C.quand.non pet.part.*

Non petierit] Si plures sint, quibus bonorum possessio competit: quorum unus admisit bonorum possessionem; cæteri non admiserunt: vel quòd spreverint jus suum, aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sint, aut ante mortui, quàm bonorum possessionem petierint; ei, qui admisit, accrescunt portiones, quæ cæteris competerent, si petiissent; *d. l. 3. §. ult. & 3. seqq.* Et accrescunt igitur portiones deficientium sine nova petitione aut agnitione; ut jure civili portiones hæredum deficientium sine nova aditione accrescunt iis, qui pro sua parte hæredes extiterunt.

Deinceps cæteris] Qui vel in eodem ordine inferiori gradu sunt, aut in his omnibus deficientibus, qui proximi sunt gradu in ordine sequenti. Nam edicto successorio non est locus, nisi inter personas diversi ordinis aut gradus. Illud notandum: Successionem ordinum Prætorem admisisse etiam in una eademque persona; verbi causa; ut filius, omissa bonorum possessione Unde liberi, petere adhuc possit Unde legitimi aut Unde cognati; *d.l.1.§.sed videndum 11. de succ. edict. l.2. unde legit.*

Sed statim cæteri] Ut primùm quis delatam sibi bonorum possessionem repudiavit; continuò cæteri admittuntur, non expectato tempore petitioni præfinito; *d.l.1.§.quibus 10. de succ. edi.* Ex quo intelligimus: tum eum, qui semel noluit bonorum possessionem petere, jus ejus petendæ amisisse, etiamsi tempora largiantur; tum, quod huc præcipuè pertinet, repudiantibus primis, statim insequentibus tempus currere: quippe ad quos, illis repudiantibus, bonorum possessio statim pertinere incipit; *d. l. 1. §. 6.*

TEXTUS.

Explicatio dicti temporis.

6 *In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur.*

NOTÆ.

6. *Dies utiles*] Id est, quibus experiundi potestas est: qui proinde neque ignoranti, neque agere non valenti currunt; *l.2.pr.§.1.quis ord. in bon.poss. l.1.de div.& temp.præscr.* His opponuntur continui, qui sine interruptione currunt.

COMMENTARIUS.

Qui dies continui, qui utiles, qui sessionum. Et quando de plano Prætor jus reddere dicatur.

DIes in jure nostro alii sunt continui, alii utiles. Continui, qui sine interruptione nullisque exceptis currunt: utiles illi duntaxat quibus experiundi sui juris potestas est; *l.1.de div.& temp.præscr.l.11.§.quidam 5. ad l.Iul.de adult.* & proinde hi neque ignoranti, neque agere non valenti currunt. In hoc ergo negotio cùm dies utiles solùm considerentur, neque illud tempus numerabitur, quo quis nescivit, bonorum possessionem sibi delatam esse, neque illud, quo à Prætore eam postulare non potuit; *l.2.pr.quis ord.in bon.poss.* Non enim semper Prætoris copia est; *l.sed & si 26.pr.& §.4.ex quib.ca.mai.* Dupliciter verò Prætor copiam sui facit: interdum pro tribunali,

bunali; interdum extra tribunal quovis alio loco, ubi salva majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit; *leg. penul. de just. & jur.* Qibus diebus pro tribunali sedens postulationibus & cognitionibus occupatur; ii dies sessionum appellantur; *d. l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss.* Cùm alio loco civibus se præbet, de plano jus reddere dicitur; *l. nec quicquam 9. §. 3. de offic. proconf. leg. 6. de accus.* Suntque hæc nostris adversa; pro tribunali cognoscere, & de plano: *l. 1 §. abolitio 8. ad Turpil. leg. unius 18. in fin. de quæst.* Quæcumque causæ cognitionem decretumve Magistratus desiderant; pro tribunali, non de plano cognoscendæ & expediendæ sunt; *d. l. 9. §. 1. de off. proconf. leg. omnia 71. l. ubicumque 105 de reg. jur.* Cùm ergo, ut antea ostendimus, quædam bonorum possessiones sint, quæ decretum Magistratus exposcunt, ob quam causam etiam decretales dictæ: quædam, quæ decretum causæve cognitionem non requirant, edictales appellaræ; & consequenter illæ tantùm pro tribunali peti & dari, hæ verò etiam de plano possint; hinc fit, ut in his omnes dies quibus quovis modo Prætoris copia fuit, utiles numerentur; in illis sessionum dumtaxat; *d. l. 1. §. 1. quis ord. in bon. poss.*

TEXTUS.

Quomodo peti debet.

7. *Sedbene anteriores Principes & huic causa providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet: sed quocumque modo admittentis eam indicium ostenderit, intra statuta tamen tempora; plenum habeat earum beneficium.*

NOTÆ.

Quocumque modo &c. indicium] Sufficit qualecumque indicium admittendæ bon possessionis, οἱ ... , Qualiscumque significatio, aut ut est in *d. l. ult.* Testatio amplectendæ hæreditatis. Magistratum tamen adire oportet, apud quem ad voluntatem nostram publicè testemur; *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

Vetus petitio bonorum possessionis solemnis fuit, ut significat, *leg. 1. Cod. commu. de succ.* Solemnitas certam verborum conceptionem seu formulam habuit, quibus & peteretur, & perenni daretur. Tum etiam hic ritus erat: quòd non apud quemvis Magistratum peti poterat, nec cujusvis Magistratus erat dare, sed solùm Prætoris in urbe & Præsidum in provinciis; *l. 2. §. 1. & seqq. quis ord. in bon. poss.* Utrumque hoc sustulit Constantius, exclusisque verborum inanium, ut ipse eas appellat, captionibus; constituit: Ut satis sit, eum, cui bonorum possessio delata est, quemvis judicem, & vel Magistratum municipalem adire, atque apud hunc, qualicumque voluntatis testatione interposita bonorum possessionem amplecti: *l. ult. Cod. qui adm. ad bon. poss.* Cæterùm hoc ad extraordinarias bonorum possessiones, quæ non nisi causa cognita decernuntur, non pertinet: sed hæ etiam nunc Prætorem & tribunal desiderant.

Sed quocumque modo admittentis, &c.] Magistratum tamen aliquem adire oportet, apud quem de voluntate nostra publicè testemur: alioqui si nuda & simplex declaratio voluntatis privatim aut coram testibus facta sufficeret: agnitio bonorum possessionis nulla in re differret ab aditione hæreditatis: & Constantius tantùm necessitatem petitionis solemnis & necessitatem Prætoris aut Præsidis adeundi in agnoscenda bonorum possessione sustulit; *d. l. ult. Cod. qui adm. ad bon. poss.* In hisce regionibus bonorum possessionis nullus usus est; sed utimur tantùm aditione sive agnitione hæreditatis civili. De Germania idem testatur Giphanius. De Gallia Baro & Bugnion. *lib. 5. leg. abrog. c. 17. in fin.* Apud quosdam adhuc locus esse dicitur bonorum possessioni *Unde vir & uxor*; apud nos tamen numquam usurpata fuit. Quin contra non semel accidit, ut fiscus, nemine ex consanguineis sese offerente, bona cum superstite conjuge diviserit, *dec. supremi apud nos Senatus 7. Grot. 2. introd. 30. ad Christ. vol. 6. dec. 62. n. 6. Gudel. li. 2. de jur. noviss. c. 16. Zypæ, notjur. Belg. tit. Unde liberi Groenew. tit. C. Unde vir & ux.*

TITULUS XI.

DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Continuatio, & origo.

Sequitur nunc species acquisitionis per universitatem, quæ inter hæc genera tertio loco collocata est; §. *ult. sup. per quas pers.* nimirum acquisitio per adrogationem. Inter superiores autem illas & hanc hæc est differentia; quòd per illas defuncti; per hanc viventis universa bona acquirimus. Estq; hæc acquisitio necessarium consequens juris patriæ potestatis.

TEXTUS.

Est & alterius generis per universitatem successio: quæ neque lege duodecim Tabularum, neque Prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

NOTÆ.

Eo iure, quod consensu] Id est, moribus & consuetudine. Quamvis enim jus patriæ potestatis lege Romuli introductum, & à Decemviris postea repetitum est, cujus hæc acquisitio videtur esse sequela: tamen nulla lege cautum, ut liceret civi Rom. filium sibi adsciscere. Quin singulæ olim adrogationes populo auctore fiebant in comitiis.

COMMENTARIUS.

Cum jus hujus acquisitionis dependeat à jure antiquo patriæ potestatis, quæ potestas lege Romuli primùm introducta, à Decemviris postea repetita est; ut ostendimus *sup. tit. de patr. potest.* ex lege potiùs seu legis sententia hanc acquisitionem descendere, quam moribus, aut consuetudine receptam esse, dicendum videtur; *arg. l.6. §. 1. de verb. obl. & sup. tit. de leg. patron. tut.* cùm satis constet, eos qui adrogantur, tam jure legeque filiosfam. fieri, quàm si ex patre matreque ejus familias nati sint. Dicitur quidem etiam patria potestas moribus recepta; *l. 8. de his quis sui vel al. iur.* sed dumtaxat certo respectu, ut loco citato demonstratum est. D. Cujacius non ad modum acquirendi hæc refert, sed ad jus adoptandi seu adrogandi: quod exterum cùm esset; populus Rom. receperit, sibique adsciverit ex legibus theticis Græcorum. Sanè nusquam proditum est, lege aliqua cautum, ut liceret civi Romano filium sibi adoptare. Quin singulæ adrogationes stante Repub. per populi rogationem fiebant comitiis curiatis; quod diligentiùs expositum *tit. de adop.*

TEXTUS.

Quæ hoc modo acquiruntur.

Jus vetus.

1. *Ecce enim cùm paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res eius corporales & incorporales, quæque ei debita sunt, adrogatori antea quidem pleno iure acquirebantur, exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt; quales sunt operarum obligationes, & ius adgnationis: usus etenim & usus fructus licèt his antea connumerabantur; attamen capitis deminutione minima eos tolli prohibuit nostra Constitutio.*

NOTÆ.

1. *Quales operarum*] Officialium scil. nam fabrilium obligatio capitis deminutione non perimitur: quippe quæ à quocumque cuicumque rectè solvuntur; *leg. 9 §. 1. de op.* Locus difficilis, quem Th. se explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapsu, ut credo, memoriæ: vid. sis Cujac.

Nostra Constitutio] *l. pen. C. de usuf.* vid. *sup. §. pen. d. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Per adrogationem etiam possessionem acquiri adrogatori, & quare.*

2 *Operarum obligationes quæ hic intelligantur.*

Omnes res eius] Qui se adrogandum dat; cum capite fortunas quoque suas, id est, omnia, quæ habet, transfert ad patrem adoptivum; *l. pen. §. 2. sec. tab. l. 15. de adopt.* adeò ut actiones etiam & nomina transeant sine ulla cessione, *hoc text.* quippe cessio, quæ aliàs ad actiones transferendas necessaria est, hic non est: quoniam hæc acquisitio universalis est, & quantum ad commoda attinet, successioni per omnia similis. Quin etiam non proprietas tantùm, verùm & possessio adrogatori acquiritur; *l. 16. de precar.* neque absurdum est, licèt id Faber existimet, plus in eo tribui adrogatori quàm hæredi: ad quem etsi adita hæreditate jura omnia transeunt; possessio tamen 1
non pertinet, nisi eam naturaliter apprehenderit, *l. cum hæredes 23. de acq. poss.* Nam adrogatus, qui ante adrogationem suo nomine possidebat, adrogatione facta, patris nomine possidere incipit, eumque statim possessorem ministerio suo facit, *arg. l. quod meo 18. d. tit.* Non idem dici potest

Textus.

Effectus hujus acquisitionis.

3. *Sed ex diverso pro eo quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenitur: & si noluerit eum defendere; permittitur creditoribus, per competentes nostros Magistratus bona, quæ ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.*

Notæ.

3. *Ipso quidem jure*] Id est, τῇ ἀκριβείᾳ, rectè Th. mera & stricta ratione juris; cum nemo personali actione teneatur, nisi qui contraxit, aut hæres ejus. Adrogator autem non contraxit: neque personam suscepit adrogati hæredis instar: neque ex ante gesto de peculio conveniri potest; *l. 42. de pecul.*

Commentarius.

1 *Actiones, quæ in adrogatum competebant, directò in adrogatorem non dari: neque actionem de peculio ex ante gesto.*

2 *An adversus adrogatum directæ actiones salvæ maneant.*

IN hoc quoque dispar ratio est adrogatoris & hæredis: quòd in hæredem etiam illæ actiones, quæ adversùs defunctum competebant, directò dentur; in adrogatorem non dentur, quæ competebant in adrogatum. Neque enim ut hæres personam defuncti, ita & adrogator suscipit personam adrogati. Quòd obligationes & actiones adrogatori acquirantur; id ei tribuit jus patriæ potestatis, cujus juris hæc vis est: ut omnia patri per filium quærantur, non etiam ut filius contrahendo patrem obligare possit præterquàm de peculio: sed hoc specialem rationem habet; videlicet. Quia pater, concedendo peculium, hoc ipso etiam jus contrahendi hactenus ei permittere videtur; per *l. 1. §. 5. de acq. poss.* Atque hoc ipsum argumentum est: adrogatorem de peculio conveniri non posse ex ea obligatione, quam adrogatus, antequam adrogaretur, contraxit; quomodò accipienda *l. in adrogatorem 42. de pecul.* ut scil. sententia Sabini & Cassii, qui ex ante gesto actionem de peculio non dabant, Ulpiano probetur. Hoc ipsum ex eo quoque confirmatur, quòd ipsius patris, qui actione de peculio conveniri potest, si filium non defendat, bona possideri jubentur; *l. 7. §. si quis 15. de reb. auct. jud. poss.* Ad hæc tempore contractus adrogatus erat adhuc sui juris, ut nec peculium habere potuerit.

Ipso jure adrogator non tenetur] Hæc verba *Ipso jure* Cujac. & Pacius sic interpretantur: Ipso jure prætorio; ego: Mera & stricta ratione juris, τῇ ἀκριβείᾳ, ut in §. *actiones 10. inf. de act.* Hoc enim significat, Neminem personali actione teneri, nisi qui contraxit, aut hæredem ejus: adrogatorem autem non contraxisse, neque personam suscepisse adrogati hæredis instar.

Sed nomine filii] Ex æquo & bono: neque enim in fraudem & præjudicium creditorum adrogationes fieri permittendum erat. Et est æquissimum, ut parens adrogator, qui bona omnia tenet, filium defendat: aut si nolit defendere; patiatur creditorem mitti in bona, quæ filii ante adrogationem pleno jure fuerunt. Illud quæsitum est: An actiones ipso jure adrogatione pereant, atque ex edicto de capite minutis restituantur; an salvæ maneant, directæque adhuc in adrogatum; in adrogatorem utiles dentur? Prius Bachov. placet hac ratione: Quoniam omnia bona adrogati ipso jure acquiruntur adrogatori saltem ex ratione juris veteris; vel potiùs quia capitis deminutione etiam minima, quam adrogato contingere constat, subtilitate juris actiones pereunt; *l. 2. de cap. min.* Prior ratio nullius momenti est. Nam cum in persona filiifam. etiamsi bona non habeat, & patri omnia acquirat, obligatio consistere possit; *l. 39. de obl. & act.* satis liquet, ob hoc solùm obligationem in persona adrogati non tolli, quòd bona habere desinit. Ac ne illud quidem video, qua ratione dici possit: Actiones perire capitis deminutione adrogati. Neque enim sola familiæ mutatio actionem perimere potest, nisi quid aliud interveniat, ut in emancipatione per quam filius deducebatur in imaginariam servilem causam; *l. 3. §. 1. de c. min.* In adrogatione verò nullæ venditiones aut manumissiones intercedebant. Probabilius itaque mihi videtur, in quæstione proposita actiones non ipso jure sublatas atque ex edicto restitutas fuisse: sed mansisse salvas & utiles ex ante gesto in adrogatorem datas hoc effectu, ut aut creditoribus responderet; aut, hoc eo non faciente, pateretur eos mitti in bona, quæ filius habuit, & transtulit similiter; ut in specie *l. 7. §. pen. d. tit.* neque aliud hic locus significat.

Cum usufructu fuissent] Hoc ideò ait: quia nunc solus ususfructus parenti adrogatori quæritur, proprietate penes adrogatum manente; §. *pr.* Ait: Legitimo modo disponere; de quo adi *tit. Pand. quib. ex caus. in poss. eat. & de reb. auct. jud. poss. item de curat. bon. dand.*

TITULUS XII.

DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

Continuatio, & summa.

TEXTUS.

Accessit novus casus successionis ex Constitutione Divi Marci. Nam si ii, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non aditur hæreditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa; audiuntur.

NOTÆ.

***Bona sibi addici*]** Qui quidem neque hæredes sunt, neque bonorum possessores; attamen quia in locum defuncti succedunt, bon. possessoribus assimilantur; *leg. 4. §. propen. de fideic. libert.* atque in eos tamquam hæredes prætorios utiles actiones creditoribus dantur; *l. 3. d. tit.*

COMMENTARIUS.

QUartus acquirendi per universitatem modus, & postremus inter eos, qui propositi sunt §. *ult. sup. per quas pers.* est libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Hæc acquisitio neque lege antiqua introducta aut confirmata est; ut hæreditas: neque jure prætorio; ut bonorum possessio: neque consensu populi; ut adrogatio; sed ex Constitutione D. Marci descendit, cui Constitutioni causam dedit favor libertatis; *l. 2. de fideic.lib.l. 6. & l. ult. C. de testam. man.* Etsi autem is, cui bona libertatis causa addicta sunt, neque hæres est, neque bonorum possessor: tamen quia in locum defuncti succedit; bonorum possessori assimilatur; *l. 4 §. propen. de fid. lib.* atque in eum tamquam in hæredem prætorium utiles actiones creditoribus dantur; *l. 3. d. tit.* Verba Constitutionis D. Marci primùm Justinianus refert; deinde exponit.

***Qui libertatem acceperunt*]** Uberiùs sub disjunctione dixisset; *Vel quilibet extraneus*; qua disjunctione utitur *l. ult. in pr. C. de testam. man.* & ita loquitur, quasi Constitutio D. Marci eodem modo disjunctim locuta sit; qu. madmodum etiam Jurisconsultus *l. quod D. Marco 50. §. 1. de man. testam.*

***Ex quo non aditur hæreditas*]** Fieri enim sæpè potest, ut hæres metuens æris alieni hæreditarii magnitudinem, hæreditatem adire recuset: atque ita deserto testamento; nihil ex eo ac ne libertas quidem debeatur; *l. 2. C. de test. man. l. 1. C. de fideic. libert.*

TEXTUS.

Rescriptum D. Marci.

1. *Et ita divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent:* Si Verginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona ejus esse cœperunt, ut venire debeant; is, cujus de ea re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum quæ directò, quàm earum quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idoneè creditoribus caveris, de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hæreditas adita esset: ii autem, quos hæres manumittere rogatus est, à te libertatem consequentur; ita ut si non alia conditione velis tibi bona addici, quàm ut ii etiam, qui directò libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii, quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat: si fiscus bona agnoscere voluerit, & ii, qui bonis nostris attendunt, sciant, commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam; & ita bona cogenda, ut libertas eis salva sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hæreditas ex testamento adita esset.

NOTÆ.

1. *Pompilium Rufum*] Putat Eguin. Baro servum, ad quem rescribit D. Marcus, prænomen sortitum esse manumissoris, & ad id tempus Justinianum respexisse.

***Nemine Successore ab intestato*]** Aliàs si destituto testamento is, qui ab intestato venit, hæreditatem amplectatur, libertates non debentur, *l. 1. C. de fideic. lib.*

Tui

Tui liberti fiant] A te libertatem accipiant tamquam fideicommissariam. Vues.

Si fiscus bona agnoscere] Fisco quoque causa libertatis prælata, ut nec ille aliter ad bona vacantia admittatur, quàm si & ipse libertates præstet; *d. l. 4. §. 17. de fideicom. lib.*

COMMENTARIUS.

Pompilium Rufum] Hæc nomina non conveniunt servo, non magis, quàm *Gajus Sejus l. 23. de manum.* & ideò assentiri non possum Theophilo asserenti: Hunc Pompilium Rufum fuisse unum ex servis Verginii Valentis testamento manumissis. Utut est, etiam extrario libero homini ipsa constitutione D. Marci permitti bonorum addictionem; ostendunt *d. l. 50. §. 1. de man. test. l. ult. C. eod.* quamvis potiùs ad extrarios productam colligas ex *l. 6. C. eod.*

Testamento libertatem adscripsit] Hoc rescriptum locum non habet, nisi libertates datæ sint. Ait: *Adscripsit*. Quid si libertates dedit, hærede testamento non scripto, sed nuncupato? Placet; etiam hic Constitutioni esse locum; *d. l. ult. C. de testam. man.*

Nemine successore ab intestato] Explicatiùs dixisset; nec ex testamento, nec ab intestato: siquidem huic rescripto locus non datur, nisi cum nec ex testamento, nec ab intestato quisquam hæres est; *d. l. ult.* Nemo tamen ex hoc loco colligat: testamentariis hæredibus repudiantibus, si ab intestato hæres existat, libertates præstandas esse; certum enim est, destituto testamento, si is qui ab intestato venit, hæreditatem amplectantur, nec libertates deberi; *l. 1. C. de fid. lib. l. 14. C. de fideic.* Ut enim magnus sit libertatis favor; tamen tantum huic favori tribui non debuit, ut jus alteri quæsitum, legitimis nimirum hæredibus, auferatur.

Venire debeant] Si cui mortuo nemo hæres extet, qui creditoribus satisfaciat, bona ejus in ea causa sunt, ut possideri à creditoribus, aut recta constituta auctione vendi possint; *l. 8. quib. ex ca. in poss. l. 6. C. de bon. auct. jud. poss.* Ex quo intelligimus: hac Constitutione etiam famæ defuncti consultum.

Addicantur] Addici igitur bona dicuntur, cum ab eo, qui jurisdictioni præest, causa cognita petenti attribuuntur; qui proinde tamquam decretalis bonorum possessor constituitur.

Si idoneè caveris] Addici ita demum bona voluit, si idoneè creditoribus cautum fuerit, de solido, quod cuique debetur, solvendo, *l. 2. l. 4. §. addici 8. de fideic. lib. meriso.* Ita enim favendum libertatibus est, ut ne alteri inferatur injuria. Quid est autem idoneè cavere? Satisdato utique; vel pignoribus datis. Sed tamen & si fides habita fuerit promittenti sine satisdatione; placet, idoneè cautum videri; *d. l. 4. addici.* De solido autem, id est de sorte & usuris, *d. l. 4 §. de solido 11.* Justinianus etiam pactionem de parte solvenda creditoribus admittendam censuit, *d. l. ult. §. 1. de testam. man.*

Quibus directa libertas data] Qui directam libertatem acceperunt; statim post addictionem bonorum liberi fiunt; qui fideicommissariam; manumittendi sunt ab eo, cui bona addicta sunt. Itaque illi Orcini; hi liberti manumissoris efficiuntur. Planè qui bona sibi addici desiderat, ut mox sequitur: si non alia conditione velit sibi addici, quàm ut etiam hi, qui directam libertatem acceperunt, ipsius liberti fiant, fient, si modò consentiant contenti fideicommissaria libertate: neque tamen dissensu quorumdam impeditur bonorum addictio, sed quem patronum habere recusant, dominum habere coguntur; *d. l. ult. C. de test. man.*

Ac si hæreditas adita] Aut bonorum possessio admissa decretave. Non igitur ex pactione, sed ex addictione, quæ vicem aditionis hæreditatis aut agnitionis adjudicationisve bonorum possessionis obtinet. Illud notandum: loqui rescriptum in casu testamenti facti, nam ab intestato nemini libertas directò competere potest.

Si fiscus bona agnoscere] Bona eorum, quæ hæredem non habent, vacantia dicuntur; ea à fisco jure regalium occupari, notissimi juris est. Verùm in hoc argumento libertatis causa commodo fisci benignè prælata est: ut etiam si non sit, qui bona sibi addici petat conservandarum libertatum gratiam, tamen fiscus non aliter admittatur, quàm si & ipse libertates præstet, *d. l. 4. §. eadem 17. de fid. libert.* Enim verò si bona damnati vel debitoris sui fiscus occupet, cessat hæc Constitutio. Sic cum Accurs. accipio illud, *si alia ratione agnoscat*, in *d. §. eadem*.

TEXTUS.

Utilitas rescripti.

2. *Hoc rescripto subventum est & libertatibus & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur, & veneant. Certè si fuerint hac de causa bona addicta; cessat bonorum venditio: existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoris cavet.*

COMMENTARIUS.

INdicatur hoc §. primùm finis atque utilitas hujus rescripti, deinde ostenditur, non esse conjunctum cum injuria creditorum. Finis rescripti duplex est: ut libertates datæ conserventur; qui principalis est: tum ut famæ defuncti consulatur: cui ignominiosum bona sua à creditoribus possideri & distrahi; qua de re M. Tullius *pro Quintio* & Justinian. *§. 1. Insp. quib. ex ca man. & §. 1. de hær. qual.* Creditores injuria non afficiuntur: nam per bonorum ex hac causa addictionem fit quidem, ut ipsi in bona defuncti ire & sibi consulere non possint; cæterum existit idoneus defuncti defensor, qui de solido, quod

cuique debetur, solvendo caveat, ut justam querimoniæ causam nullam habeant. Ita enim in universum jus est: Ut quoties alicujus defensor idoneus existit; creditores in bona ejus non mittantur; *l. 2. & poss. quib. ex ca. in poss. l. sed & hær. 35. §. 3. l. pen. de procur.* Legatariis ex hac causa nec cavendum est: quippe qui, destituto testamento, nihil consequerentur.

TEXTUS.

3. *In primis hoc rescriptum toties locum habet, quoties testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas? Favor Constitutionis debebit locum habere. Certè si testatus decesserit, & codicillis dederit libertatem; competere eam nemini dubium est.*

4. *Tunc enim Constitutioni locum esse, verba ostendunt, cùm nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrùm existat, an non; cessabit Constitutio. Si verò certum esse cœperit, neminem existere; tunc erit Constitutioni locus.*

5. *Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit hæreditate: quamvis potest in integrum restitui; potest admitti Constitutio, & bonorum addictio fieri. Quid ergo, si post addictionem libertatum conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates; quia semel competierunt.*

NOTÆ.

4. *Quamdiu incertum*] Ex Ulp. *l. 4. pr. de fideic. libert.*

5. *Qui in integrum restitui potest*] Hic locus descriptus est ex *d. l. 3. §. 1. & 2.*

COMMENTARIUS.

Constitutio D. Marci nominatim loquitur de libertatibus testamento datis. Cæterum & si quis intestato decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas; placuit; ad hunc quoque casum favorem Constitutionis extendi, juxta id quod dicitur; Favores esse ampliandos; *l. 2. de fideic. lib. l. ult. Cod. de test. man.* Quartus & quintus §. desumpti ex *l. 4. pr. §. 1. & 2. d. tit.*

TEXTUS.

Si libertates datæ non sunt.

6. *Hac Constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sint datæ; cessat Constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates vel mortis causa, & ne de hoc quæratur, utrùm in fraudem creditorum, an non, factum sit; idcirco velint sibi bona addici, an audiendi sunt? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba Constitutionis.*

COMMENTARIUS.

Favor rescripti à Justiniano etiam ad eum casum trahitur, quo mortis causâ libertates datæ sunt, vel etiam simpliciter inter vivos, ut statim valeant, si creditores postea obsistant, quòd in fraudem suam datas dicant. Quamvis enim verba Constitutionis hic deficiant; ex æquitate tamen & sententia ejus hoc etiam admitti debere, & audiri eum, qui libertatem accepit, si bona sibi addici velit, parato creditoribus idoneè cavere. Et igitur in proposito quæ libertates ipso jure non valerent, conservantur beneficio addictionis bonorum.

TEXTUS.

De speciebus additis à Justiniano.

7. *Sed cum multas divisiones ejusmodi Constitutioni deesse perspeximus; lata est à nobis plenissima Constitutio, in qua multæ species collatæ sunt, quibus jam hujusmodi successionis plenissimum est effectum: quas ex ipsius lectione Constitutionis potest quis cognoscere.*

COMMENTARIUS.

Constitutione Justiniani, quæ est *l. ult. C. de est man.* jus addictionis bonorum à D. Marco introductum multis modis amplificatum est. Amplificationem Hotomannus quatuor his versibus complectitur. 1. *Ius postulandi annum esto.* 2. *Si plures simul satis dato postulent, iis bona simul addicuntur.* 3. *Ejus, qui plus se præstaturum satisdabit, potissimum jus esto.* 4. *Qui plus quàm alter cui addicta bona sunt, intra annum offerret, altero libertatem suam retinente, bona obtineto.* Hujus & superioris tituli hodie nullus usus est.

Titulus XIII.

De Successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones, et ex Senatusconsulto Claudiano.

C. Lib. 7. Tit. 24.

Textus.

Erant ante prædictam successionem olim & aliæ per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis, debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta: & tunc locum habebat quando judicia ordinaria in usu fuerant: sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est: ideò cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodò creditoribus datur officio judicis bona possidere, & , prout utile eis visum est, ea disponere; quod ex latioribus Digestorum libris profectius apparebit. Erat & ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio: cùm libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertatem substantiam. Quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & à nostra civitate deleri, & non inseri nostris Digestis concessimus.

Notæ.

Qualis fuerat bonorum emptio] Bonorum appellatio, sicut hæreditatis, universitatem quamdam ac jus successionis demonstrat: & bonorum emptor similis erat bonorum possessori, *l. 4. §. 21. de fideicommiss. lib.* Successit autem hæc ignominiosa bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in partes lege 12. tabularum introductæ: quam crudelitatem consensu publico postea erasam esse, & in pudoris notam pœnam capitis conversam bonorum adhibita proscriptione, testatur Tertullian. Apol. cap. 3. *Suffundere*, inquit, *maluit hominis sanguinem, quàm effundere* Add. Gell. *lib. 20. cap.* Salmas. *de mod. usur. cap.* 18.

Per multas ambages] Bona debitoris, postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, edicto possideri jubebantur: dein Magister postulabatur & creabatur, per quē distrahebantur, & emptori addicebantur; qui omnibus in solidum satisfaciebat: aut antequam emeret, cum creditoribus & de certa parte decidebat. Cic. *pro Quint.* & *6. ad Attic.* 1. Atque hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur. Fusiùs hæc Th.

Quando judicia ordinaria] Planius dixisset: Quando veterum judiciorum ordo servabatur, quem posteritas neglexit: quamquam quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video ac nec illud quidem, quid circa eam postea innovatum: nisi quòd bonorum emptor desierit esse successor universi juris, & bona ita vendi cœpta, ut ex pretio eorum creditoribus satisfieret, *l. 5. & 6. C. de bon. auct. jud. poss.*

SC. Claudiano] Ejus meminit Tac. 12. *annal.* Tertull. 2. *ad ux.* auctorem hujus juris Vespasianum facit Svet. ca. 11. fortè quia ab eo renovatum.

Libertatem amittebat] Post trinam denunciationem domini. Th. denunciationis meminit & Ulp. *tit.* 11. §. 10. Paul. *leg.* 27. *depos.* Tacitus autem denunciationis non meminit, sed simpliciter ignorantis domini. Et fortè disputatione JCtorum hæc necessitas addita SCto. Hodie libertatem non amittit, sed verberibus castigatur servus, & dissolvitur ejusmodi conjunctio, *leg. un. Cod. de SC. Claud. toll.*

Commentarius.

Referuntur hoc tit. duæ species acquisitionis per universitatem: quarum altera jam ante Justinianum in usu esse desiit, alteram ipse sustulit.

Qualis fuerat bonorum emptio] Si quis in jus vocatus potestatem sui non faciebat, neque defendebatur: ejus bona ex edicto possideri jubebantur: post deinde iis vendendis Magistri constituebantur, & postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, emptori uni ex creditoribus, aut cui extraneo addicebantur, qui bonorum emptor dicebatur, & omnibus in solidum satisfaciebat. Quòd si diffidebat, ne paria facere posset, tum, antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Huc pertinet locus *Cic. 6. ad Attic.* 1. ubi scribit: Sine edicto non posse transigi de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis: hæc enim ex edicto & postulari & fieri solere. Item illud ex oratione *pro Quinto*: *Cujus bona ex edicto possiden-*

tur, hujus omnis fama & existimatio cum bonis simul possidetur, de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur: huic ne perire quidem certe tacite obscureque conceditur: cui magistri fiunt, & domini constituuntur, qui qua lege & qua conditione pereat, pronuntient, &c. Idem observatum fuisse, cùm bona defuncti solvendo non essent, nec hæredem reperirent: ostendit hic textus. Neque hæc ratio vendendi bona Pandectarum jure incognita est; *l. cum bona 16. l. Invitus 29. de reb. auct. jud. poss. l. Imperator 60. de pact. l. 9. de cur. fur. l. 4. C. de bon. auct. jud. poss.* Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proscriptique sectoribus in auctione venderentur: qui, ut tradit *Ascon. ad lib. 1 in Verr.* spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, & semel pecuniam ærario inferebant; ac postea pro compendio suo singulas quasque res populo venditabant. Quò refert Hotomannus, quod Varro *lib. 2. de re rust. cap. 10.* modos acquirendi legitimi dominii enumerans scribit: *Tenere eum in bonis sectione cujus publicè venit*. Hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur; videturque successione ignominiosa ista bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in partes lege 12. tab. introducta; quam crudelitatem consensu publico postea eratam esse, & in pudoris notam pœnam capitis conversam adhibita proscriptione; testatur Tertull. *Apol. cap. 3. Suffundere*, inquit, *maluit hominis sanguinem, quam effundere*. Add. *Gell. lib. 20 cap. 1. Salmas de mod. usur. cap. 18.*

Per multas auctiones] Ter creditores adire Prætorem oportebat: primùm, ut liceret bona possidere: deinde, ut liceret magistrum bonis constituere, qui in auctione divenderet: postremò, ut legem dare bonorum venditioni, & cum emptore, cui addicerentur, de parte ejus, quod cuique deberetur, pacisci. Cæterum hæc fusiùs Theophilus.

Cum extraordinariis judiciis] Quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat; non video: uti nec illud; quid hic posterioribus temporibus innovatum. Sanè nihil in eo, quòd creditores in possessionem bonorum mittuntur, & postquam ea per certum tempus possederunt, jus vendendi à Prætore impetrare possint. Hæc ordinaria ratio procedendi etiam temporibus Ciceronis fuit, eademque in Pandectis; quo hic remittimur, sub *tit. de reb. auct. jud. poss.* & in Codice quoque relata est; *l. 6. & 9. Cod. eod. tit.* Videntur mihi Compositores malè ista inter se opposuisse tamquam pugnantia; *Permitti bona possideri*: & post certum tempus *Universa vendi*. Plane quod Theoph. refert: Bonorum emptorem hæredis seu bonorum possessoris loco habitum fuisse; id postea obtinuisse non puto: sed ita bona vendita, ut ex pretio creditoribus satisfieret; desiisseque hanc acquisitionem esse universalem. Jure novissimo modus missionis creditur constitutus; ut jam missio non fiat in universa bona, sicut olim *tit. de reb. auct. jud. poss.* sed tantùm pro quantitate debiti: *Nov. 53. cap. 4. §. 1.* unde *auth. & qui jurat. C. de bon. auct. poss.*

Libera mulier servili amore bacchata] Senatusconsulto libera mulier, quæ se alieno servo junxerat, domino servi cum bonis omnibus addicebatur. Meminit hujus Senatusconsulti Tacitus *lib. 12 annal.* ubi de rebus gestis sub Claudio tractans sic scribit: *Inter quæ refertur ad Patres de pœna feminarum, quæ servis conjungerentur; statuiturque: ut ignaro domino ad id prolapsa; in servitute: si consensisset, pro liberta haberetur.* Ita locum ex Codice Farnesiano restituit Lipsius. Svetonius hoc ipsum decretum adscribi Vespasiano, ut nisi erret Svetonius, id repetitum fuisse necesse sit. Denuntiationis Tacitus non meminit, sed simpliciter ignorantis domini; unde licet existimare: necessitatem denuntiandi, ne cum servo consuetudinem haberet, (*vid. Ulp. tit. 11 §. maxima 10. d. 27. de poj. l. un. C. de sed Claud. toll. l. edicimus, C. Theoph. de mutileg. Theoph. hic Pet. Fab. lib. 1. semest. 25.*) disputatione Juriconsultorum Senatusconsulto additam. Justinianus autem hoc Senatusconsultum sustulit, permisitque domino potestatem, si quid tale servus commiserit, eum castigandi, atque avellendi à muliere; simul denuntians: non impune laturum dominum, si hac potestate non utatur; *d. l. ult. C. de sen. Claud. toll.*

TITULUS XIV.

DE OBLIGATIONIBUS.

D. Lib. 44. Tit. 7. C. Lib. 4. Tit. 10.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Duo insignes errores notati.*
3 *Neque definitionem neque divisiones hic propositas continere omnem speciem obligationis.*
4 *Obligationum summa divisio.*
5 *Quid sit & quam vim habeat obligatio naturalis.*
6 *Explicatur l. 10. de obl. & act.*
8 *Non omnium naturalium obligationum eundem esse effectum jure civili, & quæ qualem habeant.*
9 *Obligatio merè civilis.*
10 *Obligatio mixta.*
7 *Quæ res faciant, ut tantùm naturalis, non etiam civilis sit obligatio.*

Tria

TRia esse disciplinæ juris summa capita seu objecta didicimus, § *ult. sup. de jur. nat. gent. & civ.* personas; res; actiones. De jure personarum, id est, eo jure, quòd cuique competit pro conditione & statu personæ disputatum à titulo tertio usque ad finem libri primi. Rerum tractatio suscepta *tit. 1. lib. 2.* ubi diximus; rei appellatione in hac distinctione objectorum significari non tantùm ea, quæ dominii nostri sunt, cæteraque jura in rem, quæ vendicari possunt: verùm etiam jus ad rem; quod uno verbo dicimus obligationem: nec malè eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium, & obligationem: dominii verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hactenus. De obligationibus earumque contrahendarum & distrahendarum ratione nunc sequitur. Quæ tractatio continuatur usque ad tit. sextum libri 4. ubi ini-
1 tium fit disputationis de actionibus.

Duo igitur errores hic nobis vitandi sunt. Quorum unus eorum est; qui ita obligationes à rebus separant, tamquam ad tertium juris objectum, id est, actiones pertinerent; alter eorum; qui eas referunt ad objectum primum, quod est de jure personarum. In priore errore Theophilus est & vulgò Interpp. qui existimant: Hic initium fieri doctrinæ de actionibus, præmittique obligationes ut actionum causas earumque matres, ut loquuntur. Hoc autem falsum esse, vel ex uno hoc apparet: quòd ista consideratione non magis obligatio ad actiones pertinet, quàm dominium quàm cætera in rem jura, quàm ipsum jus personæ: quippe quæ & ipsa singula suas actiones habent, & pariunt, §. 1. & 1. §. 13. *inf. de act.* Alter error Vvulteji est, qui *lib. 1. disc. schol. cap. 56.* & *ad hanc rubr.* contendit: obligationes referendas esse ad jus personarum. Quem temerè secutus est D. Anton. Matth. *Colleg. Inst. 2. dist. 3.* Utitur Vvulteius duplici ferè argumento. Primum est quod obligatio personæ inhæret. Atqui eadem ratione multò magis usum & usumfructum ad jus personarum referri oportebat. Sed quid certius est, quàm ea omnia, quæ in bonis patrimonio nostro sunt, ad tractatum rerum pertinere nec solùm res corporales, verùm etiam incorporales, *sup. tit. de reb. corp. & incorp.* quo loco inter res incorporales, cum hæreditate, usufructus, servitutibus numeratur etiam obligatio, ut res in bonis nostris & subjecta acquisitioni, *add. l. 49. de verb. sign.* Apparet verò, Vultejum obligationes tantùm considerasse in relatione ad personam debitoris, cùm præcipuè hic considerandæ sint ratione creditoris, qui eas contrahendo sibi acquisivit, easque suo modo vendendo, donando, legando in alium transferre potest: quæ ostendunt, obligationes à parte creditoris esse in commercio, quod de jure personarum, puta libertatis, civitatis, familiæ, nemo dixerit. Sed etsi obligationes considerentur ex parte debitoris, ut personæ ejus inhærentes, tamen ad jus personarum ne illo quidem respectu referri possunt. Jus enim personæ dicitur, quod personam afficit quatenus persona est: id est, id jus, quo quisque in civitate censetur propter statum & qualitatem personæ suæ. Quid autem obligatio commune habet cum statu debitoris? Quis ita personas unquam distinxit, ut dixerit: quasdam personas esse obligantes; quasdam obligatas: aut hominum alios esse creditores, alios debitores? Nimirum obligatio etsi personam obligati afficit; non tamen afficit, quatenus consideratur ut persona, sed quatenus ut debitor. At debitor dicitur intuitu rei, quæ debetur. Neque enim hic finis summus est obligationis, ut personam nobis obligatam habeamus; sed ut rem in obligationem deductam consequamur; *l. 3. de obl. & act. l. stipulatio 38. §. alteri 17. de verb. oblig.* Quamobrem sive essentiam obligationum spectemus, sive objectum earum, sive finem ultimum; non aliò referri possunt aut debent, quàm ad eam disciplinæ nostræ partem, quæ est de jure rerum. Alterum argumentum Vulteii tale est. Si obligatio ad jus rerum pertineret, uti dominium pertinet; tum ex obligatione quoque uti ex dominio competeret actio in rem: at actio ex obligatione in personam est; ergo ipsa obligatio ad jus personarum non rerum referenda. Πονηρὸς ἔκβασις, & errat perspicuus περὶ τὸ ἔγκλημα. Non enim ideò actio ex obligatione in personam esse dicitur, quia per eam aut personam, aut jus aliquod, quod in personam aut personæ sit, persequimur: (quippe semper persequimur rem aliquam externam; eam, quæ ex obligatione præstanda est) sed quia hæc actio in personam obligati dirigitur, & semper adversus eum locum habet, cùm in rem actio cum re ambulet, & sequatur possessorem; *l. actionum 25. de oblig. & act.* Quinimò contra si obligatio jus esset personæ; actio, quæ de eo jure competeret, ad classem actionum in rem referenda esset, non ad eas, quæ in personam competunt: argumento actionum præjudicialium, quæ de statu & vero jure personarum competunt, quas in rem esse expressè scriptum est in §. *præjudiciales 13. inf. de act.* quamquam hoc etiam negavit Vultejus, quia vidit sententiæ suæ repugnare. Sed de his opulentius suis locis §. 1. & d. 13. *inf. de act.* Hoc titulo primùm docetur: quid sit obligatio; deinde: dupliciter ea dividitur à causis efficientibus: postremò prima & præcipua ejus species subdividitur in quatuor species inferiores. Quoniam verò neque definitio, neque divisiones hic propositæ omnes species obligationum continent, sed ad eas duntaxat pertinent, quæ actionem eamque efficacem jure civili producunt: & tamen illæ quoque, quæ vel non producunt actionem, vel eam produ unt, quæ exceptione repelli potest, suum quemdam usum & effecta jure civili habent; rectè facturi videmur, si prius quàm ad ea declaranda accedimus, quæ hic à Justiniano tradita sunt, naturam diversitatemque obligationum à capite repetitam expiscemus. Omnis obligatio vinculum quoddam juris est, quo adstringimur ad aliquid præstandum.

Cæterum cùm ad hoc aliquando non adstringat sola æquitas & ratio naturalis; interdum mera subtilitas juris. ut plurimùm autem jus naturæ ac civile simul; pro hac juris varietate obligatio in tres species rectè dividitur; in puram naturalem; meram civilem; & mixtam. Naturalis obligatio est naturæ & æquitatis vinculum, quo ita adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut nulla eo nomine sit actio jure civili. Dicitur naturalis non à natura, seu naturali instinctu nobis cum brutis animantibus communi sed à natura humana, id est, recta ratione quæ sola quod æquum est dictat. Itaque naturalis obligatio non est duplex, ut quidam opinati sunt: una, quæ sit ex jure gentium & humani generis propria; altera, quæ sit ex jure naturali omnium animantium communi, & in bruta quoque cadat, in quæ nec consensus nec intelle-
5 ctus cadit: sed una & simplex, quæ tota est ex jure gentium ut ipsa æquitas, cujus vinculo sustinetur: *l. Stichum* 95. §. 4. *de solut.* Quod etiam Paulus confirmat *l. cum amplius* 84. §. 1. *de reg. jur.* ubi ait: Eum natura debere, quem jure gentium date oportet. Hæc obligatio conscientias quidem hominum devincit, cùm sit vinculum naturæ & æquitatis; *d. l.* 95. § 4. *de solut. d. l.* 84. §. 1. *de reg. jur.* quo loco verbo *oportet* quedam necessitas moralis significatur: in foro tamen exteriori & jure civili eam efficaciam non habet, ut actionem aut exactionem producat; id quod ea enumeratione specierum, quæ ad hoc genus
6 obligationis pertinent, liquere potest. Nam quod in *l.* 10. *de obl. & act. l. fidejussor.* 16. §. 4. *de fidejuss.* dicitur: Naturales obligationes non eo solo æstimari, si actio aliqua ex his competat; verùm etiam si soluta pecunia repeti non potest: id non totum ad putas naturales pertinet, sed posterius dumtaxat; pars autem præcedens ad mixtas: eas scilicet, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, & quæ ipsæ nonnumquam absolutè naturales dicuntur; *l. debitor* 59. *vers. videamus, ad sen. Treb. l. si ita stipulatus* 126. §. 2. *vers. superest, de verb. oblig.* nimirum quia tota essentia sua sunt ex jure gentium; *l.* 5. *de just. & cur.* à jure autem civili præter nudam confirmationem nihil habent: quo tamen respectu cùm etiam civiles sint; nomine civilium frequentiùs appellantur propter auctoritatem juris civilis. Ut naturalis tantùm, non etiam civilis simul sit obligatio, facit aut qualitas conventionis, aut personæ paciscenti contrahentisve, aut qualitas personæ & negotii simul. Principio non omnis conventio obligatio-
7 nem civilem parit; sed illa dumtaxat quæ vel in proprium nomen contractus transit; vel cui præter conventionem alia subest obligandi causa; vel quæ legitima dicitur; aut quæ contractui incontinenter adjecta: *l.* 6. *l.* 7. *in pr.* §. 2. & 4. *de pact.* Ex cæteris, quæ solo placiti fine stant, nascitur dumtaxat obligatio naturalis: quippe nudis pactis vim talem obligandi Romanæ leges tribuere noluerunt, ut ex iis etiam ultro agere liceret; *d. l.* 7. §. 4. *de pact. l.* 10. *C. eod. l. si tibi* 27. *C. de colla.* Plura dicemus infra sub §. *ultim.* Secundò facit qualitas personæ contrahentis, ut ex conventione quantumvis idonea tantùm naturalis obligatio oriatur; veluti si pupillus, intelligens quod agit, contraxerit sine tutoris auctoritate; *l. si pupillus* 127. *de verb. oblig. l.* 1. *in fin. de novat. l. cum illud* 25. §. 1. *quand. dies*, *l. aut. servus*, *l.* 14. *de oblig. & action. l.* 13. *de cond. ind.* aut is, cui bonis interdictum est; *l.* 6. *de verb. obl.* Personæ & negotii qualitas simul, veluti si mulier intercesserit, filius famil. mutuam pecuniam acceperit, *l.* 16. §. 1. *ad sent. Vell. l.* 9. *in fin. cum seq. de sent. Maced.* Præter hæc etiam citra ullam conventionem sola officii & pudoris ratio naturalem obligationem inducit: qualis est causa beneficii accepti. Unde obligatio ad ἀντίδωρον, *l. sed & si* 25. §. *consuluit.* 11. *de hæred. pet. per l. si pignore* 54. §. 1. *de furt.* & quæ hujus species est, manumissio, unde operarum officialium debitio naturalis. *l. si non sortem* 26. §. *libertus* 12. *de cond. ind.* Ad hanc classem refero etiam eam, quæ oritur ex voluntate testatoris testamento minùs solemni declarata: item eam, qua hæres legatis oneratus tenetur ea integra præstare circa detractionem Falcidiæ, *l.* 2. *Cod. de fideic. leg.* 5. §. *si quis* 15. *de don. int. vir. & uxor. l.* 1. *l. ult. Cod. ad legem. Falcid.* Na-
turalium harum obligationum quædam in totum 8
juris civilis auxilio destituuntur, quædam non omnino hujus auxilii sunt expertes. Prioris generis est obligatio beneficii accepti, in qua nulla necessitas præter illud honestatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem obstringitur is, qui beneficium accepit, si vir bonus haberi velit, ad exigendum autem vel retinendum obligatio nulla. Puto etiam, ipsum jus gentium pudori cujusque totum hoc reliquisse. Quippe *alia est*, ut ait Cicero pro Planc. *debiti gratia, alia pecuniæ*: neque convenit, beneficia fœnerari aut in calendario scribere. Quo etiam pertinent illa Senecæ 3. *de benef. Cùm res honesta sit referre gratiam, desinit honesta esse, si necessaria est*; id est honestatis gradum excellentem amittit: quod sequentia indicant, *Non enim magis laudabit quisquam gratum hominem, quàm eum, qui depositum reddidit, aut quod debebat citra judicium solvit.* Et mox: *Non est gloriosa res gratum esse, nisi tutum est ingratum fuisse.* Operarum tamen, quæ ex causa manumissionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut solutæ per errorem repeti non possint, *d. l.* 26. §. *libertus, de cond. ind.* Ejusdem ferè conditionis est & obligatio testamenti minùs solemnis & ad integra legata præstanda: nam etiam quod ex his causis per errorem facti solutum est, jure civili repeti potest, *l.* 7. *C. de cond. in d. l.* 9. *C. ad leg. Falc.* Similiter si is, cui bonis interdictum est, quid promiserit, adeò jure civili non tenet obligatio, ut ne fidejussores quidem admittat, quasi negotium nullum gestum sit, *l.* 6. *de verb. obl.* Tantumdem dici potest de transactione alimentorum Senatusconsulto prohibita, *l. eleganter* 23. §. 2. *de cond. ind.* item intercessione

mulie-

mulierum; nisi quòd obligatio hinc nata actionem parit, sed quam inefficacem reddit perpetua Senatusconsulti exceptio; *l. qui exceptionem 49. d. t. l. 9. C. eod.* Filius autem familias, qui mutuam pecuniam accepit, si paterf. factus solverit, non repetit; *d. l. 40. l. 9. in fin. de sen. Mac.* Cæteræ obligationes naturales, quæ ex conventione descendunt, eosdem penè effectus, si unam dempseria actionem, jure nostro habent, quos habet naturalis & civilis simul. Ac de hujusmodi obligationibus potissimùm agunt Jurisconsulti, cum ajunt aut negant: Naturaliter quem obligari; ut videre est *l. 13. l. si pœnæ 19. l. frater 38. l. quod pupillus 41. l. si quod 64. de cond. ind. l. 10. de obl. & act. l. 1. de novat. l. propen. de obl. & act. l. 5. §. 1. de solut.* & similibus locis. Effectus isti principales hi sunt: Debiti hujus naturalis cum alio quovis compensatio; *l. 6. de compens.* Ejusdem soluti per errorem retentio; *d. l. 10. de obl. & act. d. l. 19. de cond. ind. l.*
9 *1. §. quod 17. ad l. Falc. l. 3. C. de usur.* Præterea quod ita naturaliter debetur, constitui potest; *l. 1. §. pen. de pec. const.* item novari, *l. 1. in fin. de novat.* Potest & fidejussor huic obligationi accedere; *§. 1. inf. de fidejuss.* denique & pignus *lib. 5. de pign.* Minus tamen efficacitatis est in obligatione pupilli sine tutoris auctoritate contracta: quippe quæ accessiones dumtaxat recipit; principalia autem illa ut pupillo nocentia respuit: quo adspectu, quod pupillus ita promisit, ne natura quidem deberi dicitur; *d. l. 41. de cond. ind. d. l. propen. de obl. & act.* Obligatio merè civilis est vinculum solius juris civilis, seu τὸ ἀκριβοδίκαιον, quo quis ita tenetur, ut summo jure in eum sit actio; sed quæ jure prætorio infirmetur, opposita perpetua exceptione. Hujus generis sunt omnes illæ, quæ sola juris subtilitate nituntur contra naturalem æquitatem; velut: si quis metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus aliquid promiserit; aut si post constitutam obligationem debitor cum creditore pactus sit, ne à se peteretur; *§. 1. & seq. inf. de except.* Hoc genus obligationis propèmodum sine re est, & exitu inutile; *l. 3. §. 1. de const. pec. l. nihil interest. 112. de reg. jur. l. 14. de compens.*
10 Mixta obligatio seu naturalis & civilis simul est vinculum æquitatis pariter & juris civilis quo quis ita adstringitur, ut actio efficax in eum detur. Mixtam hanc obligationem vocamus, propter à quòd eam & naturalis sustinet æquitas, & simul juris civilis firmat auctoritas. Unde etiam sola plenam præstandi necessitatem habet, actionemque & exactionem producit. Ex quo porrò etiam hoc est: quòd sola propriè & absolutè obligatio in usu juris vocatur; quemadmodum & debitoris impropriè intelligitur, à quo invito pecunia exigi potest; *l. debitor 108. de verb. sign.* & ex adverso creditor, qui exceptione perpetua removeri non potest: *l. 10. eod. tit.* alii per abusionem; *l. 16. §. 4. de fidejuss.* Denique hinc intelligimus. ad hoc genus obligationis tantùm & definitiones & divisiones hoc titulo propositas pertinere. Est verò, quod apprimè notandum est mixta hæc obligatio, aut verè talis, aut præsumptivè; qualis est obligatio judicati, & confessi, item jurisjurandi necessarii. Quippe res judicata pro veritate accipitur; *l. post 56. de re jud. l. 207. de reg. jur.* confessi in jure pro judicatis habentur; *d. l. 56. l. 1. de confess. l. un. C. eod.* jurisjurandi quoque aut potiùs sententiæ ex eo latæ eadem ferè via est. Hujus generis etiam obligatio est, quæ dicitur literarum, *inf. de lit. obl.* Jam ad explicationem textus accedamus.

Textus.

Continuatio & definitio.

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundùm nostræ civitatis jura.

Notæ.

Obligationes] Th. & Accurs. putant, hic initium fieri doctrinæ de actionibus. Sed perperam. Nam non minùs obligatio res est incorporalis & ad secundum juris objectum pertinet, quàm hæreditas: ususfructus, servitutes; *sup. de reb. corp. & incorp. & §. ult. de us. & hab.*

Juris vinculum] Omnis obligatio est juris vinculum: obligatio civilis vinculum juris civilis; naturalis vinculum æquitatis; *l. 95. §. 4. de solut.* civilis mera rigoris, seu ἀκριβοδικαίου, *inf. de exc. in pr.*

Necessitate] Propter actionem, quam obligatio parit. Itaque nec obligatio naturalis huc pertinet, ex qua jure civili agi non potest, quamvis moralem necessitatem adjunctam habeat; veluti quæ ex nudo pacto nascitur; *l. 7. §. 4. de pact. junct. l. 84. §. 1. de reg. jur.* nec civilis nuda, quæ propèmodum sine re est, & exitu inutilis; *l. 3. §. 1. de const. pec. l. 112. de reg. jur.*

Nostræ civitatis jura] Verba hæc respiciunt obligationem, ut non adstringat, nisi justa sit & legitima. Fabrot.

Commentarius.

Est *juris vinculum*] Rectè *vinculum*: quoniam qui nobis obligatus est, necessitate quadam præstationis tenetur; ut effugere non possit, nisi vinculo hoc soluto: Metaphora sumpta à vinculis corporeis. Concepta est definitio, relatione facta ad personam debitoris; ita tamen, ut simul ostendat, quodnam hic sit jus creditoris. Sequentia formam obligationis, subjecto, effectu, & causa efficiente remota, adumbrant.

Necessitate adstringimur] Effectus obligatio (sic absolutè, nunc porrò mixta vocabitur) semper adjunctam habet necessitatem præstationis: quæ necessitas in eo consistit, ut nisi obligatus præstet id, quod non debetur; jure judicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad solutionem compellere.

Alicujus rei] Subjectum: rei autem verbum generale est, & factum quoque comprehendit; *l. 1. in fin. de reb. cred.* Proinde sive in dando consi-

stat

ſtat obligatio, ſive in faciendo neceſſitas obligationis poſtulat, ut utrumque præſtetur *l. de verb. obl. §. ult. inf. eod. l. 3. de obl. & act.*

Solvendæ] Solvi dicitur res in uſu juris, cum debita præſtatur; *l. ſol. tam 49. de ſolut. l. ſi rem 9. §. 3. & ſeqq. de pign. act.* eaque ſolutione tollitur obligatio, *inf. quib. mod. toll. obl. in pr.* tamen ſi perſona obligati tantùm adſtringi videtur, non res ipſa, niſi per conſequentiam, aut niſi pignori nexa ſit. Etenim obligationis non hæc vis eſt, ut aut corpus aliquod, aut ſervitutem noſtram faciat, aut per eam dominium aliudve jus in rem immediatè conſequamur: ſed jus tantùm ad rem tribuit, id eſt, perſonam nobis obſtringit ad dandum vel faciendum; *l. 3. de obligat. & act.*

Secundùm noſtræ civitatis jura] Hæc verba referenda ſunt ad totum illud, quod procedit, *Quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ*. Temperatur enim hac adjectione non (ut malè Theophilus) poteſtas ſolvendi, ſed neceſſitas; ut intelligamus: adſtringi nos non quibuslibet modis, non ex quavis cauſa, ſed ſecundùm jus civitatis noſtræ: item neceſſitate non quavis, ſed in qua inſit ea cogendi ratio, quæ jure civitatis noſtræ ſit approbata. Quòd ſi cum Theophilo verba hæc ad id ſolum, quod proximè præcedit, *Rei ſolvendæ* referimus, falſam efficimus ſententiam; nimirum, eum, qui non rectè ſolvit, non eſſe obligatum. In eodem errore fuit & Accurſius.

TEXTUS.

Diviſio prior.

1. *Omnium autem obligationum ſumma diviſio in duo genera deducitur: namque aut civiles ſunt, aut prætoriæ. Civiles ſunt quæ aut legibus conſtituta, aut certo jure civili comprobata ſunt. Prætoriæ ſunt, quas Prætor ex ſua juriſdictione conſtituit, quæ etiam honorariæ vocantur.*

NOTÆ.

1. *Omnium obligationum*] Scil. ad actionem producendam efficacium: de quibus ſolis etiam concepta definitio.

Aut jure civili comprobata] Prioris generis eſt obligatio litterarum & verborum pacti legitimi; furti nec manifeſti, damni injuria dati, &c. hujus ſunt omnes, quæ naſcuntur ex contractibus juris gentium; *l. 7. de pact.*

Prætor ex ſua juriſdict.] Ex quibus ſcilicet actionem in perſonam dedit, *§. 8. & ſeq. inf. de act.*

COMMENTARIUS.

A*ut civiles aut prætoriæ*] Diſtributio obligationis à cauſis efficientibus remotis. Nulla enim eſt obligatio (vera ſcilicet & efficax, de qua ſola hic diſputatur) quæ non aut jure civili aut prætorio conſtituta vel recepta ſit. Illud hic monendi ſumus: cum civiles obligationes opponuntur naturalibus; appellatione civilium prætorias quoque contineri: ſicut in univerſum, cùm jus civile opponitur naturali, ejus appellatione etiam prætorium venit. Nam jus prætorium pars eſt juris civilis generaliter ſumpti; *§. 3. ſup. de jur. nat. gent. & civil.* At cum obligationes civiles prætoriis opponuntur; per civiles intelligi eas dumtaxat, quæ legibus aliave parte juris civilis, quæ parem legibus auctoritatem habet, conſtitutæ aut confirmatæ ſunt: quemadmodum cum in genere jus civile opponitur prætorio, id jus ſignificatur, quod ex legibus, plebiſcitis, Senatuſconſultis, decretis Principum, auctoritate prudentum deſcendit; *l. 8. de juſt. & jur.* Similis huic eſt diviſio actionum; *§. 3. inf. de act.*

Conſtitutæ aut comprobatæ] Sit igitur civilium obligationum hæc quædam ſubdiviſio: quòd earum quædam jure civili conſtitutæ ſunt; quædam ſimpliciter approbatæ ſeu receptæ. Prioris generis ſunt paucæ: ex contractu obligatio litterarum & verborum, *inf. tit. 22. & tit. 16.* ex delicto, qua tenetur fur nec manifeſtus; *arg. §. 4. inf. de noxal. act. juncto pr. inf. de perpet. & temp. act.* item is, qui damnum injuria dedit; cujus quadrupes pauperiem fecit; qui arbores furtim cæcidit; *inf. tit. de l. Aquil. & ſi quadrup. paup. fec. l. 1. arb. furt. cæſ.* Referunt huc vulgò & eas, quæ deſcendunt ex pactis ſpeciali lege confirmatis, quæ dicuntur legitimæ; *l. 6. de pact.* quale verbi cauſa eſt pactum donationis, & pollicitatio dotis, *l. ſi quis 35. §. ult. C. de donat. l. 6. C. de dot. prom.* Illa quoque obligatio conſtitutione civilis eſt, qua tenetur is, cui ex Senatuſconſulto Trebelliano reſtituta eſt hæreditas. In poſteriore genere ſunt innumerabiles; omnes nimirum illæ, quæ naſcuntur ex contractibus juris gentium; *l. 7. de pact.*

Quas Prætor ex ſua Iuriſdictione] Naturalem æquitatem ſecutus. Nam omnis obligatio prætoria naturalis quoque eſt: à Prætore autem introducta dicitur ea, ex qua Prætor in perſonam in foro civili actionem dedit. Cujuſmodi eſt illa, qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut ſervi: qua conſtituens pecuniam ei qui conſtituitur; qua is qui detulit jusjurandum juranti. item quæ ex furto manifeſto, rapina, injuriis naſcitur, cæteræque omnes, quibus obſtrictus eſt, honoraria actione tenetur; *vid. inf. §. 8. & aliquot ſeq. de act. & tit. quod cum eo, qui in al. pot. item, §. 4. de nox. act. & §. ult. de leg. Aquil.*

TEXTUS.

Diviſio poſterior.

2. *Sequens diviſio in quatuor ſpecies dividitur. Aut enim ex contractu ſunt; aut quaſi ex contractu; aut ex maleficio; aut quaſi ex maleficio. Prius eſt, ut de iis, quæ ex contractu ſunt, diſpiciamus. Harum æquè quatuor ſunt ſpecies. Aut enim re contra-*

hun-

huntur; aut verbis; aut literis; aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.

NOTÆ.

1. *Aut ex contractu, &c.*] Hæc divisio sumpta est à causis efficientibus proximis seu factis obligatoriis; sine quibus nulla aut jure civili aut honorario confirmatur; *l. 37. de obl. & act.* Accuratior est, quàm illa aut Caii *l. 1.* aut Modestini; *l. 52. hoc tit.*

Ex contractu] Contractus est conventio obligationem pariens citra speciale legis adminiculum. Hac definitione excluduntur tum conventiones liberatoriæ, tum pacta nuda & legitima, quorum illa obligationem non pariunt; hæc pariunt ob specialem confirmationem; *l. 6. l. 7. §. 4. de pact.* Labeonis definitio *l. 19. de verb. sign.* particularis est: tam enim contractus sunt negotia ex uno latere obligatoria; ut mutuum & stipulatio; quàm utrinque; ut venditio & locatio. Et quid notius illa συναλλαγμάτων distributione in μονόπλευρα καὶ διπλευρα?

Aut re, aut verbis, &c.] ὑποδιαίρεσις earum, quæ ex contractu; quæ non ita accipienda est, quasi quædam sine consensu contrahantur, quædam consensu: sed ita; quòd quædam solo consensu, quædam non solo; *l. 1. §. pen. de pact.*

COMMENTARIUS.

1 *Unde sumpta sequens hæc divisio.*
2 *Rectè ne Aristoteles delictum speciem faciat συναλλάγματος.*
3 *Præter quatuor ordinarias obligationum causas, quæ hic recensentur, esse & alias quasdam irregulares & extraordinarias.*
4 *Modestini obligationum divisio minùs accurata in l. 52. de obl. & act.*
5 *Quid sit conventio sive pactio aut pactum in genere, & quotuplex.*
6 *Quid pactum nudum; quod passim absolutè pactum. Et cur ex eo jure civili non detur actio.*
7 *Pacta legitima & in continenti contractibus adjecta. Item num. 10.*
8 *An pacta ex continenti adjecta à parte actoris insint etiam in contractibus stricti juris.*
9 *De conventione non nuda, quæ uno nomine contractus. Ejus definitio, divisio, cum explicatione l. 19. de verb. sign.*
10 *Hodie etiam ex pacto actionem dari juxta scita juris Canonici.*
11 *Explicatur subdivisio obligationum primæ speciei.*

AUt enim ex contractu, &c.] Ἐπιδιαίρεσις seu secunda obligationum divisio à causis efficientibus proximis. Nulla enim est obligatio, quæ non ex causa aliqua, & regulariter quæ non ex facto aliquo obligatorio præcedente nascatur: nec ulla jure civili, aut honorario confirmatur, quæ non propriis viribus consistat; ut loquitur Papinianus, id est, quæ non propria causa constituta sit; *l. obligationes 27. hoc tit. de obl. & act.* Causæ seu facta obligatoria quatuor hic ponuntur à Justiniano, totidemque obligationis species his causis inter se distinctæ; contractus; quasi contractus; maleficium; quasi maleficium. Aristoteles *5. ethic. 2.* uno συναλλάγματος hæc omnia comprehendit. 2 Duo enim ille genera συναλλαγμάτων facit, ἑκούσια & ἀκούσια, voluntaria & involuntaria; ἑκούσια appellat commercia, conventiones, contractus: ἀκούσια, maleficia & delicta. Verùm enim si vox Græca συναλλάγματος respondet verbo Latino Commercii aut Contractus; valdè abusivè delictum dicitur species συναλλάγματος: ipseque Aristoteles *cap. 5.* ejusdem libri negat, correctionem delictorum ad justitiam συναλλακτικὴν pertinere. Ut ut est; in jure nostro συνάλλαγμα tantùm ad commercia refertur; *l. 7. §. 2. de pact. l. Labeo 19 de verb. sign.* commercium autem uno modo usurpatur pro conventione & contractu; atque hæc à delictis perpetuò separantur. Unico tantùm loco delictum appellatur contractus, non quidem involuntarius, sed malus, *leg. si rerum 52. de re iud.* ubi Triphonius scribit; Actionem rerum amotarum *ex malo contractu*, aut, ut est in codice Florentino, *ex malo contractu oriri*. Papinianus quoque verba Demosthenis in oratione contra Aristogitonem, *ἁμαρτήματα τῶν ἑκουσίων, καὶ ἀκουσίων διαφερόντων,* Latinè reddit; *Delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio*; *l. 1. junct. l. 2. de legib.* Illud verò frequens apud nostros est, ut appellatione contractus & maleficii etiam quasi contractus & quasi maleficia significentur; *l. 16. de neg. gest. leg. contractus 23. de reg. jur. l. 1. l. g. 4. l. ex contractibus 49. hoc tit. §. 1. §. 10. §. rei 17. & seq. inf. de act. §. 1. infr. de perp. & temp. action.* Porrò sciendum est; quatuor causas obligationis, quæ hic à Justiniano recensentur, esse quidem illas principales & ordinarias; cæterum esse præterea quasdam obligationes, quæ ex nulla quatuor istarum causarum proficiscuntur, sed ex sola & singulari æquitate. 3 Cujusmodi species obligationis est, quæ à Celso proponitur in *l. si & me & Titium 32. de reb. cred.* item ex qua ad exhibendum agitur; *l. 3. §. 3. ad exhib.* quam nullum omnino factum obligatorium præcedere constat. Item illa, qua in duplum obstringitur, qui tignum alienum ædibus suis bona fide junxit; *§. cum in sua 29 supr. de rer. div.* denique omnes illæ, ex quibus actiones in factum subsidiariæ dantur; *§ ult. infr. de leg. Aquil. l. in rem 23. §. item quæcumque 5. de rei vind.* Sed nec omnis obligatio, quæ ex conventione est, eadem est ex contractu; veluti quæ datur ex pacto legitimo; vel ex constituto: quod mox perfectiùs intelligetur. Atque hanc ego causam esse arbitror, quòd Gajus *leg. 1. pr. hoc tit.* causas & fontes obligationum indicaturus, contractus & maleficii tantùm meminit; cautionis gratia subiiciens; Eas, quæ

quæ extra hæc facta nascuntur, proprio quodam jure nasci ex variis causarum figuris. Sic ergo habendum; duo illa, Contractum & Maleficium esse causas obligationum generales & ordinarias ac principes; esse tamen & alias nonnullas, sed quæ sint extraordinariæ & irregulares, ut nec certo nomine significati, nec certa regula comprehendi possint. Videtur autem Gajus in *d.l.1.* nomine contractus & maleficii etiam quasi contractum & quasi maleficium intelligere: quæ tamen cum singula propriè & distinctè considerare volumus; à contractu & maleficio diversa esse, idem rectè docet; *l.5. eod.* & ex eo Justinianus *inst. tit. de obl. quæ quasi ex contr. & de obl. quæ quasi ex del.* Igitur pro quadruplici illa consideratione
4 causarum quadripartita quoque est obligationis divisio. Extat alia obligationis ex causis distributio apud Modestin. *l. obligamur 52. hoc tit.* sed minùs accurata. Confundit enim eo loco Modestinus causas remotiores cum propinquis: nimirum causas juris & facti; causas, propter quas obligatio constituitur, cum jure, quod obligationem constituit, aut confirmat. Plura etiam vitia istius divisionis alii observarunt. Ego singula ad amussim examinare nolim: nam pinguiùs aliquando disputant Jurisconsulti.

De iis, quæ ex contractu] Quid sit contractus intelligi non potest, nisi priùs in genere constet, quid sit conventio: est enim contractus species conventionis; *l.1. §.3. l.7. de pact.* Conventio seu pactio (idem enim hæc duo, & item pactum in genere sumptum, valent) est duorum vel plurium in idem placitum & consensus; definitore Ulpiano *d.l.1. §.2. de pact. l.3. de pollic.* In
5 idem; id est, in eamdem rem; in hoc, ut aliquid fiat, aut non fiat, prout placuit. Conventionum duæ sunt species; aut enim ex publica causa fiunt; aut ex privata; *l.5. de pact.* De publicis tractare non est hujus loci Privata conventio, aut nuda est aut non nuda; *d.l.7. §.1.2. & 4. de pact. l. 10. Cod. eod. l.15. de præscr. verb.* Non nudam conventionem Doctores vulgò vestitam & pactum vestitum appellant; verbo magis quàm sensu inconcinno. Nuda conventio est, quæ in nudis placiti
6 & conventionis finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem; *d.l.7. §.1.2. & 4. de pact. l.27. C. de loc.* In libris nostris etiam pactum simpliciter & passim appellatur; *d.l.7. §.4. & seqq. l.10. C. eod l.15. de præscr. verb. d.l.27. C. de locat. l. Cod. de pact. conv. l.5. C. de contr. stipul. l.5. §.2. de solut.* Appellatur pactum nudum, quia solum pactum est, nihil amplius; *l.23. Cod. de pign.* nimirum eadem translatione, qua nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, nudam proprietatem, &c. dicimus; Græcis ψιλὸν σύμφωνον. Quod definiunt, ψιλὰ μὴ συγγίνονται ὀνόματι, ἀλλὰ μόνῃ συνῇ ἐπὶ ὀνόματι. Hæc conventio eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex ea actio detur; *d.l.7. §.4. & seq. l. divisionis 45. de pact. l.8. l. 15. de præscr. verb. l.10. l.21. l. si certis 28. C. de pact. leg. sive apud 28. Cod. de transact. l. 3. de rer. permut. cum similibus.* Imò proverbii vice olim jactatum fuisse, *Ex pacto actionem non nasci*; indicant Impp. *in d.l.10. C. de pact. & d.l.1. C. de pact. conv. tam sup. dot. Et ideò omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit*; ut ait Paul. *2. sent. 22. §. ult.* Cæterùm quæ pacta liberationis causa interposita sunt, jure prætorio exceptionem pariunt; *d.l.7. §.4. & seqq. l.13. d.l. 18. C. eod. &c.* Nimirum conditores juris Romani hujusmodi conventionibus vim coactricem subtraxerunt, ut sola paciscentium fide staretur; honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius esse existimantes, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quàm omnia vinculis legum & necessitate adstringere. Quò pertinet locus Cornificii *lib. 2. ad Herenn. Pacta sunt, quæ sine legibus observantur ex conventione: quæ etiam juri præstare dicuntur.* Cui similis est apud Ciceronem *lib. 2. de invent.* Et explodendi, ut ἀπλῶς τινες, qui negant; potestatem civilem constituere posse, ut non nisi sub certo modo & forma obligatio ex consensu nascatur. Qua de re uberiùs disseruimus in tractatu de pactis, quem nuper edidimus; *c.5. & 6.* ubi etiam nova opinionum circa hoc argumentum monstra profligamus. Excipiuntur ex hoc genere pacta duo, quæ obligationem & actionem pariunt: primum illa, quæ manente simplici forma conventionis, speciatim ad efficaciam obligationis sunt confirmata vel jure civili, quæ pacta dicuntur legitima; *l.6. de pact.* quale est v.c. pactum donationis; *l. si quis 35. C. de donat.* item quod dos constituit; *ut l.6. C. dot. prom.* vel jure prætorio, ut constitutum, & conventio de pignore; *l.1. & passim. de pec. const. l. si tibi 17. §.2. de pact. l.1. de pign. act.* Deinde & pacta bonæ fidei contractibus in continenti adjecta, quæ his contractibus tamquam pars eorum inesse creduntur; *l.7. §.5. de pact. l. 13. C. eod.* Unde etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus, cujus in continenti interpositum est, competit; *l. fundi 79 de contr. empt. l.6. §.1. de act. empt. l.11. C. de pact.* Cæterum hæc res non una indiget cautione & distinctione. Primùm enim non quævis pacta huc pertinent, sed ea dumtaxat, quæ sunt κατὰ τὴν φύσιν τῶν συναλλαγμάτων secundùm naturam contractus; aut quæ aliqua saltem ratione præstationes contractus, cui adjiciuntur, tangunt, aut contractum promovent; *d. leg. 7. §. quinimo, & seq. de pact. & ibi comm. DD. l. g. pacta 72. de contr. empt.* Unde Jason ait; Pactum, quod est contra naturam contractus, non vestire cohærentia contractus. Deinde nec omnium contractuum hoc commune est ut pacta quantumvis in continenti adjecta contractibus insint, & actionem pariant; sed proprium contractuum bonæ fidei: neque tamen omnium ex æquo, sed maximè eorum, qui solo consensu itidem ut pacta constant, ut emptio, locatio, &c. quorum etiam contractuum exempla fere in hac disputatione proferuntur, ut videre est plerisque locis modò citatis. Qui autem contractus, cùm sint bonæ fidei, solo consensu non consistunt; sed re

perficiuntur, ut commodatum, depositum; iis pacta, quorum substantia in solo consensu, tam facilè inesse & incorporari, ut sic loquar, non possunt: nec alia exempla pactorum, quæ hujusmodi contractibus insint, occurrunt, quàm quæ de dolo, culpa, aut casibus fortuitis præstandis interponuntur; *l. 4. §. interdum 10. commod. l. 1. §. sæpè 35. depos. l. 23. de reg. jur.* præter exemplum de præstatione usurarum in deposito irregulari;
8 *l. Lucius 24. & 2. seq. depos. disp.* Quod attinet ad contractus stricti juris, Bachov. ad Treutl. *disp. de pact. thes. 10.* putat: distinguendum inter contractus, qui re fiunt; ut mutuum; & qui verbis ut stipulatio. Pacta mutuo adjecta ad obligandum & agendum non prodesse, propterea quòd re obligatio contrahi non potest ultra id, quod datum est; *l. si tibi 17. in pr. de pacto, l. 11. §. 1. de reb. cred.* ad hæc nullas in mutuo esse præstationes doli aut culpæ; & si qua de his pactio fiat, eam esse extra naturam contractus: denique ob eamdem causam, & quia præterea stricti judicii est, nec usuras ex mutuo citra stipulationem exigi posse: *l. 3. C. de usur.* Quod autem quibusdam casibus usuræ pecuniæ creditæ, aut frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto debetur & peti potest; *l. etiam 30. de usur. l. 5. & l. 7. de naut. fæn. l. 12. C. de usur.* id non ex eo fieri, quòd in continenti hæc pacta adjecta sint, & proinde mutuo insint; sed quia speciatim & nominatim jure civili confirmata sunt: esse enim pacta legitima. Stipulationis verò diversam causam esse: licèt enim & ipsa contractus sit stricti juris, & ideò non facilè extensionem recipiat; tamen quia verbis perficitur, magnamque in eo cum pactis affinitatem habet; *d. l. 7. §. quod ferè 12. de pact.* faciliùs admissum esse, ut pacta in continenti facta stipulationibus contineri, iisque inesse intelligerentur; *arg. l. lecta 40. de rebus cred.* Nec obstare *l. quicquid 99 de verb. oblig.* Nam quod pacta stipulationi statim subjecta placuit; id perinde habendum, ac si verbis stipulationis expressum esset. Quæ licèt probabiliter à Bachovio disputentur; verior tamen mihi videtur sententia Cujacii, Busii, in *d. l. 7.* Donelli in *d. l. lecta*, & in *l. 13. C. de pact.* qui etiam stipulationem hinc removent. Neque enim frustra est, quod ubi pro regula traditur: Pacta in continenti facta ex parte actoris inesse; nominatim aditur *In bonæ fidei judiciis, d. l. 7. §. quinimo, d. l. 12. de pact.* Quorsum enim hæc adjectio *In bonæ fidei judiciis*, nisi ut intelligamus, in strictis judiciis non idem juris esse? Sic cum dicitur, In bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi; *l. mora 32. §. 2. de usur.* hoc significatur, deberi in bonæ fidei, non stricti juris judiciis; *l. 3. Cod. de usur.* Similiter cum dicitur; Exceptiones inesse bonæ fidei judiciis; *l. 3. de resc. vend.* hoc dici intelligimus: In his solùm inesse, non etiam in strictis judiciis; nam in strictis non veniunt exceptiones nisi nominatim contestatæ; *l. 9. l. ult. C. de except.* Et certè ineptum esset ac supervacuum, de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subjiciuntur. Nec ullum In libris nostris locum reperio, quo probari possit; pactum stipulationi appositum actionem parere; aut legem stipulationi dare; actionemve ex stipulatu formare, ita stipulationi inesse, ut ad id, quod pacto comprehensum est, ex stipulatu agi possit; pactum augere; informare; extendere verborum obligationem. Paulus autem in *d. l. lecta*, cum pactum subjectum stipulationi inesse dicit; non significat: id actionem parere; cùm in casu illic proposito non id pacto agatur, ut quid detur, quod priùs dari non debuit: sed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur; quale pactum ex parte creditoris valere ad agendum natura sua non potest. Alii nec mutuum hinc removendum putant; quorum sententiam latè tuetur Gœd. *de cont. stipul. c. 8. concl.* 2. Nos fusiùs hæc exequimur, in eo quem modò dicebamus, tractatu de pactis, *c. 9. & seq.* Conventio non nuda sive vestita est, quæ pura placiti fines egreditur: quod ex duabus notis cognoscitur; si proprium nomen sortita est; vel si præter conventionem alia obligandi causa subsit, id est, si negotium civile gestum sit; *d. l. 7. §. 2. de pact.* Hæc conventionis species uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definio: Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente, civilem obligandi causam. Definitio tantùm non iisdem verbis proposita *d. l. 7. §. 1. & 2* Itaque duo sunt harum conventionum genera: unum earum, quæ speciale nomen habent; ex quo genere sunt emptio; venditio; locatio conductio; societas; mandatum; depositum; commodatum pignus; & similes contractus: qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, & obligationem actionemque certo jure producunt, non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens: sed propter utilitatem commercii, cujus indicium est, quòd certo ac proprio nomine appellantur, vel potiùs quia hæ conventiones ob frequentiorem usum talem accepere vim ac naturam, quæ, etiamsi nihil specialiter dictum sit, ex ipso nomine satis intelligatur; *D. Grot. 2. de jur. bell. & pac. 12. n. 3.* Alterum genus est earum conventionum, quæ nomine
9 quidem proprio carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Jurisconsultus *d. l. 7. §. 1.* Et hæ quoque conventiones obligationē & actionem pariunt. Causam definio dationē vel factum certa lege, puta si quid tibi dedi aut feci ea lege, ut vicissim mihi aliquid dares aut faceres, uti & Jurisconsultus *d. l. 7. §. 2.* ipse hoc explicat, & innumeris locis significatur *l. 5. per tot. l. 8. l. 15. de præscr. verb. l. 6. l. si profundo 33. de transact. l. 6. C. de rer. perm. & simil.* aliàs negotium dicitur, *d. l. 15. de præscr. verb.* & negotium civile, *l. 1. de æstim. act.* id est, tale quod constituit *συνάλλαγμα*: unde obligatio & actio civilis, ne quis hic somniet de causa impellente aut finali, quæ pacīscentes movit: nam talis causa etiam in nudis pactis est, ut, dabo tibi Stichum, tu mihi Pamphi-

philum: dabo tibi equum, tu mihi insulam facies: dabo tibi partem bonorum ut à lite discedas; *l. 21. C. de pact. l. 28. C. de transact.* Videamus autem ne definitio contractus à nobis proposita nimis lata sit. Nam Labeo *in l. 19. de verb. sign.* contractum sic definit, ut dicat: esse ultro citroque obligationem, id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantùm obligatur, qualia sunt mutuum & stipulatio; quæ Labeo *d. loc.* expressè à contractu distinguit. Sed animadvertendum est: Labeonem eo loco non definire generaliter quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio; sed quid Prætor eo verbo significet, cum hæc tria finitimæ significationis in edicto conjungit, actum, contractum; gestum. Nam cùm hæc singula per se posita & vi sua generalia sint; apparet, Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia Prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque contractus ad eas species traducere contractuum, quæ mutuam obligationem pariunt. Nos verò hoc certò tenebimus: substantiam contractus in eo non consistere ut ultro citroque obliget; sed non minùs propriè si unus tantùm alteri, quàm si invicem contrahentes inter se ex conventione obligentur, contractum dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum; id quòd satis ostendit verus & recepta contractuum divisio *hoc text. & in l. 1. 30 eod.* proposita, *item in l. 1. §. pen. de pact.* Apparet autem ex disputatione Ulpiani, *in d. l. 7. §. 1. 2. de pact.* unde nostra contractus definitio sumpta est, neque pacta legitima, neque ea, quæ contractibus adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda, sed esse & manere pacta nuda: quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus habeant tamen neque in proprium nomen transeunt, nec causam cur dare aut facere debeas ullam habent præter conventionem; utique si per se spectentur, illa sint adminiculo legis, hæc sejuncta à contractu, in quo sunt. Cæterum DD. hæc etiam pacta vestiverunt; alterum vestimento assistentiæ legis; alterum cohærentiæ contractus: quippe qui nuda ea pacta sola appellant, quæ efficaciam obligandi non habent, & in terminis jure gentium manserunt. Quòd etsi ratione non caret; tamen Veteres omnem conventionem extra contractum non alio nomine, quàm nudi pacti simpliciter appellare solent, etiam quæ obligandi efficacitatem habet; *l. 6. l. 7. §. 5. de pact. l. 10. l. 13. C. eod. l. etiam 30. de usur. l. 12. C. eod. l. 6. C. jur. dot.* Usu jam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo & simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, quæ stipulationis. Tantùm meminerimus, distinguendas esse promissiones serias meditatas & utiles ab inconsideratis temerariis atque inutilibus; cum quis non dispositivè, ut loquuntur, nec seriò, sed vel narrativè, vel per jocum & aliud agens aliquid pronuntiat; ut ex illis tantùm, non ex his obligatio & actio nascatur. Et hoc etiam jure Canonico satis expressè cautum est; *c. 1. & c. 2. C. de pact.* & videmus, pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. Conanus vir eruditione minimè vulgari præditus existimat, ne jure quidem gentium ex nuda conventione obligationem oriri; *lib. 5. comm. c. 1.* sed ei occurritur à D. Grotio *l. 2. de jur. belli & pac. c. 11. n. 2.*

Aut re contrahitur aut verbis, &c.] Textus loquitur primæ speciei, id est, earum obligationum, quæ sunt ex contractu sumpta à causis obligationem ex contractu proximè constituentibus: nam contractus quidam re perficiuntur; quidam verbis; quidam litteris: id est, obligationem tum demum producunt, cùm vel res, vel certa verba, vel scriptura intervenerit: quidam consensu fiunt; id est, præter consensum quomodòcumque declaratum ad sui perfectionem nihil desiderant. Itaque proposita divisio non sic accipienda est, quasi in ea obligationes, quæ consensu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, quæ non contrahuntur consensu: nullus enim contractus nullave obligatio ex contractu sine consensu esse potest: *l. 1. §. pen. de pact.* Sed ita, ut obligationibus, quæ non solo consensu fiunt, sed præter consensum rem verba aut litteras requirunt, oppositam intelligamus eam speciem, quæ solo consensu contrahitur, nihil ampliùs ad constitutionem obligationis desiderans. Denominatæ enim sunt hæ species ab eo, quod cujusque proprium est, & in unaquaque eminet.

Aut litteris] Hanc speciem obligationis videntur Veteres comprehendisse sub ea, quæ re contrahitur; quoniam ex litterarum obligatione qui agit pecuniam petit ut mutuam. Certè plurium, quæ ex contractu sint, illi non meminerunt; quàm harum trium, re, verbis; consensu; *l. 1. §. l. 4. hoc tit. l. 1. §. 3. de pact. l. 8. §. 1. de fidejuss. l. 1. §. 1. de novat.* Et tamen hanc obligationem jam tum in usu fuisse constat ex *tit. C. de non num. pec.*

TITULUS XV.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 12. Tit. 1. C. Lib. 13. Tit. 6. & 7. Lib. 16. tit. 3. C Lib. 4. tit. 1. 23. & 24. 34.

Continuatio. Quando obligatio dicatur re contrahi: & quæ obligationes huc pertineant.

HOc titulo exponitur prima species obligationum, quæ non ex solo consensu nascuntur, sed demum cum aliquid ad conventionem accessit; illæ nimirum, quæ nascuntur ex contractibus, qui præter consensum rei interventum ad perfectionem sui requirunt; quæ obligationes ob id re contrahi dicuntur. Quid sit re obligationem contrahi, nulla certa definitione, sed exemplis ostenditur. Rectiùs fecissent Compositores, si primùm commoda aliqua definitione rem declarassent, ac tum singulas enumerassent species: nam utrumque ad genus aliquod & species ejus generis cognoscendas est necessarium. Nunc & insufficiens videtur enumeratio specierum, & difficilis est omissarum investigatio. Potest autem hæc obligatio sic describi; Obligatio re contrahitur, cum datum aliquod aut factum ad consensum accedens obligationem inducit. Rem enim hic generaliter accipimus, ut & facta comprehendat. Neque verò obligationes illæ solæ huc pertinent, quæ ex contractibus nominatis, qui hic memorantur, mutuo, commodato, deposito, pignore, nascuntur; sed etiam quæ ex contractibus innominatis: ex quibus omnibus obligationem non nasci constat, nisi datum aliquod aut factum ad conventionem accesserit; *l. 1. §. 2. de rer. permut. l. 3. C. eod. l. 7. §. 2. de pact. l. 5. & pass. de præscr. verb.* disertèque Paulus *in d. l. 1. §. 2. de rer. permut.* hac nota permutationem distinguit ab iis contractibus, qui nudo consensu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet. Videri tamen possunt Veteres propriè & in specie tunc obligationem re contrahi dixisse, cum res tradita vel in genere vel in specie reddenda est: ideòque solummodò quatuor illos hujus generis contractus nominatos, quorum id proprium est; mutuum, quo id agitur, ut res ejusdem generis; commodatum, depositum, pignus, quibus agitur, ut eadem species restituatur, huc retulisse; *l. 1 § 2. cum 4. seqq. de obl. & act.* quod & Justinianus secutus sit. Conventio restituendi titulo & nomine contractus inclusa est.

TEXTUS.

De mutuo.

Re contrahitur obligatio; veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurave constant; veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eadem res, sed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur; inde etiam mutuum appellatum est: quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat; & ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur Certi condictio.

NOTÆ.

Re contrahitur] Ex Cajo *l. 1. de obl. & act.* Re contrahi obligatio dicitur, cum datio aliqua aut factum ad consensum accedens obligationem inducit; *l. 2. §. 3. de reb. cred. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 5. §. 2. & seqq l. 8. in fin. de præscr. verb.* & propriè cum res tradita: vel in genere; ut in mutuo: vel in specie; ut in commodato, deposito, pignore, reddenda est.

Pondere, numero, &c.] Quoniam hæ res ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantumdem præstent; quod non item contingit in aliis: quibus ideò in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest: *l. 2. §. 1. de reb. cred.*

Ut accipientium fiant] Boet. *in 2. Top. Quod mutuum datur, ex meo fit accipientis, &c.*

Non eadem res, sed aliæ] Boet. *d. loc.* Paulus *d. l. 2. Mutuum damus recepturi non eamdem speciem, quam dedimus, sed idem genus.*

Certi condictio] Mutuum contractus est *μονόπλευρος*, eum solùm obligans, qui mutuum accepit; ac proinde una tantùm hinc nascitur actio, quæ appellatur Certi condictio. Sic stipulatio numerationi adjecta, non ex numeratione sed ex stipulatione nascitur, *l. 6. & 7. de novat.* ejusdem tamen naturæ actio est; idemque nomen obtinet, *inf. tit. prox. in pr. l. 9. l. 24. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1 *Definitio mutui, ejusque definitionis per partes explicatio.*
2 *Materia mutui, & an panes ad numerum mutuo recte dentur.*
3 *Cur mutui datio dumtaxat consistat in rebus consumptibilibus.*

4 Emen-

4 *Emendationem D. Salmasii in l.2. §. 2. de reb. cred. non videri necessariam.*
5 *Forma hujus contractus propria.*
6 *Singularia quæ hic recepta.*
7 *Finis & effectus, cum consequentia.*
8 *Debitorem non prohiberi, eamdem rem, quam accepit, in specie reddere.*
9 *Commodum æstimationis auctæ & incommodum deminutæ ad creditorem pertinere.*
10 *In æstimatione ineunda, si debitor in eam condemnandus, cujus temporis aut loci ratio habeatur.*
11 *Speciale esse, quòd nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi possunt.*
12 *Aucto aut deminuto nummorum valore, eos reddi oportere ea æstimatione, quæ est, cum solvuntur, secundùm comm.*
13 *Esse quidem de natura mutui, ut eadem bonitate res reddantur: de substantia non esse.*
14 *Etymon mutui.*
15 *Duplexne sit, an una generalis Certi condictio.*

1 MUtuum est contractus, quo res, quæ pondere, numero, mensura constant, alicui ita dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque reposcenti creditori tantumdem ex eodem genere reddat. Constituitur mutuum non solo ac nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerari &c. quod Paulus sic expressit, *Mutuum non potest esse, nisi pecunia proficiscatur; l.2.§.3. de reb. cred.* Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra quàm datum est obligatio contrahi possit veluti si tibi dederim decem, ut undecim reddas, non amplius quàm decem condici potuerunt, *l.11. §.1. eod. tit. l. si tibi 17. de pact.* Quòd si simpliciter convenerim, ut tibi certam pecuniæ summam mutuo darem, hæc conventio mutuum non est, sed nuda pactio, nec nomen, nec συνάλλαγμα, habens: ac proinde nec eum, qui se daturum promisit, extra stipulationem jure civili obligat, *per vulgat.* Planè si pecunia apud aliquem jam sit, verbi gratia, ex causa depositi, potest ea nuda voluntate transferri, & converti in causam mutui fictione brevis manus, *l.9. §. ult. de reb. cred.* In hoc igitur causam efficientem & simul rei gerendæ formam communem cernere licet. Illud notandum: mutuum non semper accipi pro ipso contractu, sed sæpè etiam pro re mutuo data, quod etiam accidit deposito, commodato, pignori.

Quæ pondere, numero, mensura] Materia mutui sunt res, quę pondere, numero, mensura constant, id est, quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio: ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata.
2 Non autem res omnes, quæ appendi, numerari, &c. possunt: alioqui nihil ferè esset, in quo mutuum non consisteret, aliud scilicet est, pondus, numerum, mensuram habere, aliud, ex pondere, &c. constare. Glossa *in l.2.§.1. de reb. cred.* negat, panes ad numerum mutuo dari posse: quod alii contra simpliciter affirmant, sed rectè Bart. *in d.l. 2.§.1.* sic distinguendum censet: Ut si panes limitatam in civitate quantitatem habeant, id est, definitum pondus, possit in his mutuum consistere ad numerum: sin minùs, non nisi ad pondus. Ideò 3
autem in his rebus dumtaxat mutui datio consistit, *Quoniam earum datione possumus in creditum ire, eo quòd functionem eamdem in genere recipiunt per solutionem quam in species* id est, quoniam hæ res natura ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, ita ut re ejusdem generis soluta, non aliud, sed idem, quod creditum est, videatur redditum, quod secus est in cæteris rebus. Nullæ enim alię res tam sunt æqualis æstimationis, ut in suo genere solutæ, aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantumdem præstent: ideòque si non eadem res, quæ accepta est, sed alia ejusdem generis redderetur: aliud pro alio solveretur, quod non licet invito creditore. Ad hunc modum disputat Paul. *in d.l.2 §.1. de reb. cred.* Doctissimus Salmasius *lib. de usur. c.1.* textum emendat, & pro 4
Functionem recipiunt, reponit *Suffectionem recipiunt*, ne bis idem dici videatur: cùm idem sit, ut ait, solutio quod functio. In quo viro clarissimo assentiri non possum. Primùm quia functionis verbum latiùs patet quàm solutionis, & ad omnia refertur, quæ vice mutui tantumdem præstant, aut quorum alterum alterius vicem explet, *l.6. de reb. cred.* etiam ubi nulla intervenit solutio: veluti cum pignoribus fungi dicimur in vicem satisdationis, *l.7. de præt. stip.* vel noxæ deditione fungi, *l. liber homo 37.§.1. ad leg. Aquil. §.2 inst. de nox. act.* Denique quia Jurisconsultus ita ut ibi loquitur loqui non potuit, nisi & quod acceptum in specie redditur rectè dicatur suffici. Sed in his
non sunt positæ opes Græciæ. Forma hujus con- 5
tractus propria consistit in ipsa mutui datione, sive dominii rerum in accipientem translatione. Idque adeò mutui proprium esse creditum est, ut etiam nomen ab eo acceperit, *Quod de meo tuum fiat; d.l.2.§.2. de reb. cred.* Ex hoc autem intelligimus, & eum qui credit dominum esse oportere, & eo animo rem tradi accipique, ut is qui accepit dominus fiat, *d.l.2.§. pen. l. in omnibus 55. l. de obl. & act. junct. l. si ego 18.§.1. de reb. cred.* Enim-
verò si debitorem meum jussero tibi dare pecu- 6
niam, aut si inter nos convenerit, ut pecuniam ex mandati causa debitam crediti nomine retineas, obligaberis mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Item si lancem tibi vendendam dederim, ut nummis uteretis, perinde nihil obligaberis, ac si vendidissem ipse, pretiumque tibi tradidissem. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manus, auctore Ulpiano *in l.11. & l.15. de reb. cred.* Quamquam difficilior videtur Africanus *in l. qui negotia 34. mand.* vid. *Cujac. tract. 8. ad African.* Illud quoque utilitatis causa receptum, ut si v.c. nummi alieni crediti fuerint, iis bona fide consumptis, mutuum confirmetur, & condictio nascatur. & generaliter, ut quod numeranti præstat pecunię translatio, hoc, ea ab initio nō translata, præstet consumptio, *l.11. in fin. & 2. ll. seqq. l.*
19 §.1. de reb. cred. l.17. de sol. Finis est, ut is qui rē 7
mutuo accepit pro commodo suo ea uti, eamque
con-

consumere possit, atque ut aliquantò post rem ex eodem genere, & tantumdem (quo æquè bonam quoque intelligimus) creditori reddat; *d.l.2. in pr. de reb.cred.l.2.§.2.de obl.& act.* quod ipsum natura obligationis mutui continetur, licèt de eo nihil nominatim convenerit; *l. 3. de reb.cred.* Ad effectum quod attinet, transit rei mutuo datæ dominium in debitorem cum obligatione restituendi rem ejusdem generis. Unde est, quòd rei, quam mutuo accepit, interitu non liberatur; *§. 2. hoc tit. l. 1. §. 4. de obl. & act.* nimirum duplici de causa; tum quia regulare est, ut res pereat suo domino; *l. 9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est; genus autem numquam perit; *l. 11. C. si cert. pet.* Creditori hoc nomine acquiritur actio, quæ vocatur certi condictio, *hoc tit. in fin.*

Numerando, metiendo, &c.] Quòd si v.c. obsignatæ dentur custodiendæ; naturam cujusque corporis imitantur, & tum depositum est.

Ut accipientium fiant] Quæ res mutuo dantur, in hoc dantur, ut accipientis fiant; *l. 1. §. 2. de obl. & act. l. 2. de reb. cred.* Cujus rei ratio est; quia nisi ea lege darentur, ne uti quidem illis liceret, quoniam usus earum sine consumptione planè nullus est.

Non eadem res] In mutuo non hoc agitur, ut res eadem numero, quæ data est, reddatur, sicuti in commodato, deposito, pignore: sed alia ejusdem generis; seu, ut Veteres loquuntur, mutuum
8 damus non recepturi eamdem speciem, sed idem genus: *d. l. 2. de reb. cred.* alioqui ex causa mutui nulla fieret alienatio. Secundùm quod Ulpianus respondet: Non alienari nummos, qui sic dantur ut restituantur; *l. qui sic 55. de solut.* Quod tamen non eò pertinet, ut non liceat debitori eamdem speciem, quæ accepta est (si fortè ea usus non sit) creditori restituere, atque eo modo se liberare, quasi hoc sit contra conventionem, ut putabat Azo: nam totum hoc solius debitoris gratia cautum intelligitur; ut scilicet ille re mutua utatur, si velit: sin autem usus non sit; nihil prohibet, quominùs eamdem reddat, dum reddat non deteriorem: sic enim vel maximè res ejusdem generis ejusdemque bonitatis redditur; quod solùm hujus contractus obligatio exigit; *Ioan. Bart. in d.l.2. n. 3. Zas.n.9.Don. n.5.* Porrò dum res redda-
9 tur ejusdem generis eademque bonitate, idque suo loco ac tempore, aut aliàs ante litem contestatam; quantacumque sit præsens æstimatio, debitor liberatur, ita ut æstimatio præcedentis temporis in quæstionem non veniat, sed & auctæ commodum & incommodum deminutæ pertineat ad creditorem; per *l. vinum 22. de reb.cred.* quippè æstimatio extra rem est, magisque proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quàm bonitate; *Don. ad d.l.3. n. 5. & seq.* At enim æstimatio, quia credita non est, pro re credita invito creditori obtrudi non potest; *arg. l. 2. §. 1. l. 1. de rer. perm. DD. comm. in d. l. vinum. Vves smb. par. de reb. cred.*
10 *nu. 12.* quamvis contrarium usus servet; *Mernl. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. c. 2. n. 12.* Quòd si tamen *Vinnius in Institut.*

necessè sit condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem, qui fortè res præstari non possit aut commutata præcedentis temporis æstimatio, quam æquum sit actorem consequi in ea ineunda tempus litis contestatæ spectandum erit: & si mora facta sit; quantum æstimatio postea crevit præstandum; *d.l. vinum l. ult. de cond. tritic. l. quoties 59. de verb. obl. l. 37. mandat.* Specialem rationem in nummis mutuo acceptis habet, quòd eos necessè non sit reddi in eadem forma aut materia nisi creditor ex ea re damnum aliquod passurus 11 sit, *l. creditorem 99. de solut. arg. l. quæ extrinsecus 65. §. 1. de verb. oblig.* Quippè etiam tunc intelligitur idem genus nummorum redditum, cum v. c. pro aureis creditis tot argentei redditi sunt, qui eamdem quantitatem efficiunt; puta pro uno aureo, qui valeat decem argenteos, totidem argentei probi & locabiles. Nam nummus non tam ex materia æstimatur, quàm ex hominum instituto seu valore impositio. Id est, in nummis non tam inspicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quàm potestas, valor, seu æstimatio; *l. 1. de contr. empt.* ut proinde qui aureum debet, non præcisè corpus hujusmodi debere intelligatur, sed potiùs ipsius valorem seu potestatem publica lege ei impositam. Sic accipiendum illud Senec. *6. de benef. c. 5. Pecuniam dicimur reddidisse quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.* Cæterum ita demum nummos mutuo acceptos solvere in alia forma aut materia licet, si id fiat sine injuria creditoris: si damnum ex ea re passus sit creditor non licet juxta responsum Pauli 12 li *d. l. creditorem 99. de solut.* Atque hinc pendet decisio nobilissimæ quæstionis: Si post contractum æstimatio nummorum creverit aut decreverit; utrùm in solutione facienda spectare oporteat valorem, quem habebant tempore contractus, an qui nunc est tempore solutionis: intellige si nihil de ea re expressè dictum sit, neque mora intervenerit. Car. Molinæus *tract. de usur. n. 693. & seq. Hotom. illustr. quæst. 15. Don. ad l. 3. de reb. cred. num. 10. & 11.* contendunt: tempus contractus inspiciendum esse, id est, ea æstimatione nummos reddendos, non quæ nunc est, sed quæ initio fuit, cum dabantur. Nimirum nihil illi in pecunia numerata præter æstimationem considerandum putant, totamque nummi bonitatem in hac ipsa æstimatione consistere; ac proinde creditori non facere injuriam, qui eamdem æstimationem, quam accepit, reddit: tantum enim reddere eum quantum accepit; quod ad solutionem mutui sit satis. Itaque secundùm horum sententiam, si 100. aurei mutuo dati sint, cum aureus valebat asses 50. reddantur autem, cum singuli valent asses 55. debitor reddens creditori aureos 90. aut in singulos aureos 50. asses, reddit quantum accepit, & liberatur: & vicissim si imminuta sit ad eumdem modum aureorum æstimatio, non liberatur, nisi reddat aureos 110. ut in singulos aureos asses 55. Bartolus verò in *l. Paulus 101. de solut. Bald. in l. res in dotem 42. de jur. dot. Castr. in lib. 3. de reb. cred. & DD. comm.* ut videre est

Sf apud

apud Boer. *dec.* 327. contra censent: spectandum esse in proposito tempus solutionis, id est, aucto vel deminuto nummorum valore, ea æstimatione reddi eos oportere: non quæ tunc fuit, cum dabantur; sed quæ nunc est, cum solvuntur: neque aliud statui posse sine creditoris aut debitoris injuria. Quæ sententia, ut mihi videtur, & verior & æquior est. Nam quod contrariæ sententiæ auctores unicum urgent: In nummis non materiæ sed solius æstimationis impositiciæ atque externæ, quam ob id vulgò extrinsecam nummi bonitatem vocant, rationem duci, nummumque nihil aliud esse, quàm quod publice valet; vereor, ut simpliciter verum sit. Utique enim materia numismatis fundamentum est & causa valoris, quippe qui variatur pro diversitate materiæ: oportetque valorem hunc justa aliqua proportione materiæ respondere; neque in benè constituta Rep. nummo ea æstimatio imponi debet, quæ pretium materiæ, ex qua cuditur, superet, aut superet ultra modum expensarum, quæ in signanda pecunia fiunt; quod ad singularum specierum valorem parum addere potest. *V. Covar. de vet. coll. numism. cap. 7. num.* 7. Sed hoc ad actus & præstationes privatorum non pertinet. Illud pertinet quod si dicimus, Creditis nummis nihil præter æstimationem eorum creditum intelligi; necessariò sequitur: creditorem teneri in alia forma aut materia nummos accipere: contra definitionem Pauli *in d. l. 99. de solut.* etiamsi damnum ex eo passurus sit: nam qui recipit quod credidit, nihil habet quod conqueratur. Sequitur & hoc: Si contingat mutari nummorum bonitatẽ intrinsecam, id est, si valore veteri retento percutiantur novi nummi ex deteriore materia, quàm ex qua cusi qui dati sunt, puta si qui dati sunt cusi fuerint ex puro auro, postea alii feriantur ex auro minùs puro & mixto ex ære; debitorem restituendo tot mixtos & contaminatos, quot ille puros accepit, liberari cum insigni injuria creditoris: & contra Interpp. penè omnium doctrinam qui hoc casu solutionem faciendam esse statuunt ad valorem intrinsecum monetæ, qui currebat tempore contractus; testibus *Gail. 2. obs. 73. n. 6, & 7. Borcholt. de feud. ad cap. un. quæ sunt regal. num.* 62. Illud enim maximè in hac disputatione considerandum est, quoniam hic finis nummi principalis est, ut serviat rebus necessariis comparandis; auctore Aristotele 1. *Polit.* 6. quòd mutata monetæ bonitate sive extrinseca sive intrinseca, pretia rerum omnium mutentur: & pro modo auctæ aut imminutæ bonitatis nummorum crescant aut decrescant: quod ipsa docet experientia; eoque facit *l. 2. C. de vet. nu. pot. lib.* 11. Crescunt rerum pretia, si deterior materia electa aut manente eadem materia, valor auctus sit: decrescunt electu materiæ melioris, aut si eadem bonitate materiæ manente valor imminutus fuerit; Fallitur enim imperitum vulgus, dum sibi persuadet, ex augmento valoris aurei aliquid sibi lucri accedere. Hoc autem fundamento posito, siquidem neutri contrahentium injuriam fieri volumus; ita definiendum videtur: Ut si bonitas monetæ intrinseca mutata sit, tempus contractus: si extrinseca, id est, valor impositicius; tempus solutionis in solutione facienda spectari debeat. Atque ita sæpissimè judicatum est. *Boer. dec. 327. Ann. Robert. lib. 1. rer. jud. c. ult. Mynf. 4. obs. 1, Gail. d. obser. num. 6, & seqq. Borcholt. d. l. un. quæ sunt regal. num. 58. & seqq. Christin. vol. 3. dec. 1. num. 2, D. Iac. Coren. decis. Cur. sup. Holl.* 23.

Ejusdem naturæ qualitatis] Id est, ejusdem generis & eadem bonitate. Luc. c. 6. vers. 34. *δανείζουσιν ἵνα ἀπολάβωσι τὰ ἴσα*. Atque horum alterum ut res ejusdem generis reddantur, mutuo essentiale est; *l. 2. de reb. cred.* alterum; ut eadem bonitate; natura quidem mutui continetur, sed de substantia sive essentia mutui non est; *l. 3. eod.* Itaque prius pacto mutari non potest, quin in alium contractum res abeat. Nam sic hoc actum sit ut pro oleo vinum, aut frumentum pro vino redderetur; non mutuum, sed permutatio est; *l. pen. C. de rer. perm.* sive contractus Do ut des; *l. 5. §. 1. de præscr. verb.* Posterius potest salvo manente mutuo, ad cujus substantiam hoc solùm requiritur, ut debeatur idem genus: *d. l. 2, arg. d. l. 3, junct. d. l. 5. §. 4.* Quæ in contractibus sint substantialia, quæ naturalia, quæ accidentalia; ex communi sententia tradit *Gad. Mudæus tract. de contr. empt. Part. 3. n. 13, & seq. Phil. Matth. ad l. 27. de reg. jur. Bellon. 1. supp. 1. c.* 5. 13

Ut ex meo tuum fiat] Bella hæc Jurisconsulti in *d. l. 2. §. 2* allusio est, non vera hujus verbi originatio quod Varro *lib. 4. de Ling. Lat.* à voce Sicula *μοῖτον* deducit: *Si datur*, inquit, *quod reddatur, mutuum est. quod Siculi μοῖτον*. Sed & hoc ipsum videtur esse ex *μοῖ* & *τὸ* pro *τεὸν*. *Grot. Flor. spars.* De quo plura D. Salmasius *lib. de usur. ca.* 1. Cave autem credas, quod idem ibidem asserit. In mutuo de meo tuum non fieri; imò nisi de meo tuum fiat, non est mutuum; *d. l. 2, & passim de reb. cred.* sed vid. notata sub *§. ult. sup. quib. alien. lic.* D. Cujac. 11. *obs.* 37. à mutatione potiùs dictum existimat, quo mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur, quo etiam alludere videtur Cic. in epist. quadam ad Q. Metellum his verbis: *Quod autem scribis, Pro mutuo inter nos animo, quid tu existimes esse id amicitiæ mutuum, nescio. Equidem hoc arbitror cum par voluntas accipitur & redditur.* Sed & verbum *mutari* à Siculo *μοῖτον* suum fecisse videntur Latini; D. Salmasius *d. loc.* 14

Quæ vocatur Certi condictio] Mutuum contractus est *ἑτερόπλευρος*, ex uno tantùm latere obligationem pariens, non ultro citroque; nam is solus ex hoc contractu obligatur, qui mutuum accepit, & adversùs hunc mutuanti datur illa actio, quam Justinianus ait vocari Certi condictionem. De hac condictione magna est, licet non adeò 15 magni momenti, quæstio, utrùm scilicet specialis ea sit, an generalis; id est: utrùm Condictio certi ex mutuo propriam & distinctam naturã ab aliis certi condictionibus habeat; an sit ejusdem natu-

naturæ in genere cum cæteris, & cum his, ex quacumque causâ competant; sub communi genere condictionis certi contineant. Prius placet Interpretibus Citramontanis, duplicem certi condictionem statuentibus: unam specialem, quæ competat ex causâ mutui (addunt aliqui & eam, quæ competit ex causa stipulationis; *inf. de verb. obl. in pr.*) alteram generalem, quæ competat ex causis & obligationibus cæteris; ex quibus certum debetur; quam superiori, ut speciem diversæ naturæ, opponunt; *Accurs. Bart. Castr. Iasim l. 9. de reb. cred. Cyn. Salic. ad rubr. C. si cert. pet.* Posterius verò Ultramontanis visum est, qui unum dumtaxat commune genus Certi condictionis agnoscunt, sub quo tam ea, quæ ex mutuo aut stipulatione, quàm quæ ex aliis causis competit, contineatur, & ejusdem naturæ: quæ sententia verior est; per *l. 24. de reb. cred. l. 5. §. 4. de obl. & act. & d. l. 9. de reb. cred.* qui locus aperte ostendit: in genere unam esse Certi condictionem, in quo, quæcumque sit causa petendi, petitio omnis certi conveniat, sive petatur ex mutuo, sive ex stipulatione; sive ex causâ legati; sive ex causâ furtiva &c. Quòd si pro diversitate causæ agendi (quod medium concludendi Bartolus vocat) condictionem certi distinguere velimus, quòd per me licet tot erunt ejus species statuendæ, quot sunt causæ agendi propriæ putavit Bartolus; Condictionis certi ex mutuo hoc proprium esse, quòd in ea instituenda speciali medio concludendi utendum sit; videlicet quia mutuavi: in cæteris verò speciebus, & Condictione certi generali sufficere si dicam me certum petere. Quod falsum est. Utique enim cum, exempli gratia, centum peto ex causa legati, utroque in eo Condictione certi; concludere debeo; Quia mihi legata, ut actio speciem futuræ litis demonstret; *arg. l. 3. C. de edend. Zas. ad d. l. 9. de reb. cred. n. 9. & seq. Dom. ibid. n. 4. & seq. Gadd. de contr. stipulat. c. 11. conclusion. 1.*

TEXTUS.

De indebito soluto.

1. *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, se obligavit, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet, eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione non magis quàm mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere: cùm is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quàm contrahere.*

NOTÆ.

1. *Per errorem*] Rectè *Per errorem*, nam qui sciens se non debere solvit: non repetit; *l. 1. §. 1. l. 6. §. 3. de cond. ind.* propterea quod donasse censetur; *l. 53. de reg. jur.* Errorem an facti dumtaxat intelligere debeamus, an etiam juris; *v. inf. de obl. quasi ex contr. §. 6.*

Condictitia actio] Pro condictione *dict. §. 6.* & alibi *leg. 24. de rebus creditor. leg. 7. de condict. furt.*

Ac si mutuum accepisset] Quod Cajus sic expressit: *Eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus, l. 5. §. 3. de obl. & act.* Unde Cujac. 8. *obs. 34. & par. C. de cond. ind.* solutionem indebiti factam in iis, quæ pondere, numero, &c. constant, promutuum vocat. Quòd si aliæ res solvantur, quibus in creditum non itur, promutuum non est: & agendum sola condictione indebiti.

Non tenebitur indebiti condictione] Quemadmodum nec ex mutuo; *l. 59. de oblig. & act.* nisi solutione factus sit locupletior; *l. 13. §. de cond. ind.*

Non videtur ex contractu] Vid. *inf. de obl. quæ quasi ex contr. §. 6.*

COMMENTARIUS.

Per occasionem disputationis de mutuo subjicitur hic aliquid de indebito per errorem soluto; ut ex textu apparet. Habet enim solutio indebiti multa cum mutui datione communia; quæ congessit *Cujacius 8. obser. 33.* Duo hic referuntur, ut statim videbimus. Cæteroquin non est hujus loci proprium tractare de obligatione ejus, qui indebitam pecuniam quasi à debitore accepit: quippe quæ obligatio non est ex vero contractu, sed quasi ex contractu oritur; ut demonstrabitur suo loco. Plane si quis dubitans nominatim hac lege solverit, ut si postea appareret esse indebitum, redderetur: hoc casu magis est; ut ex vero contractu accipiens obligetur.

Re obligatur] Requiritur enim ad hanc obligationem producendam, ut quid solutum sit, sive naturaliter datum & præstitum solutionis causa, tamquam debitum.

Condictitia actio] Id est, condictio indebiti. Actio enim condictitia idem valet, quod condictio, *l. si quis 24. de reb. cred. l. 7. de cond. ca. dat. §. 24. & seq. inst. de act.*

Perinde ac si mutuum] Prima convenientia indebiti soluti cum mutuo ex duabus, quarum hic fit mentio. Sic Cajus *in l. 5. §. 3. de obl. & act.* scribit Eum, qui non debitum accepit, eadem actione teneri, qua debitores creditoribus, ubi debitorum & creditorum nomen strictè ad mutui dumtaxat causam refertur. Enimverò & qui indebitū accepit, & qui mutuum, tenentur quidem eadem actione, quod attinet ad idem actionis genus; uterque enim tenetur condictione certi; cæterùm

pro causæ petendi diversitate: sunt etiam hæ diversæ species condictionis certi, condictio ex mutuo, & condictio indebiti: differunt enim mutuum & solutio indebiti ratione objecti, siquidem mutuum earum tantùm rerum est, quæ pondere, numero, mensura constant: solvi autem per errorem quasi debita etiam quævis alia possunt, & soluta condici, quibus in creditum non itur. Quamobrem non satis causæ video, cur solutionem indebiti *Premutuum* Cujac. vocet.

Unde pupillus, &c.] Altera indebiti soluti cum mutuo similitudo. Ut pupillus mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate accipiendo non obligatur, *l.59. de obl. & act.* ita nec accipiendo pecuniam indebitam, nisi solutione factus sit locupletior, *l. 13. §. 1. de cond. ind.* quod generale est, *l. 5. de auct. tut. l. 4. §. 4. de dol. exc.*

Non videtur ex contractu] Ideòque meliùs à Gajo collocatur in earum classe, quæ quasi ex contractu nascuntur, *l. 5. §. 3. de obl. & act.* Sed & à Justiniano ob hanc causam infra in eodem ordine repetita est, *tit. 28. hujus lib.* ubi nos etiam accuratiùs de ea disputamus.

TEXTUS.

De commodato.

2. *Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longè distat: namque non ita res datur, ut ejus fiat; & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu; nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit; sanè quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare tenetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modò alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur; si modò non ipsius culpa is casus intervenerit: alioqui si id, quod tibi commodatum est, domi peregrè tecum ferre malueris, & vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio amiseris; dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc propriè intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.*

NOTÆ.

2. *Item is, cui res, &c.* Ex Cajo, *l. 1. §. 3. de obl. & act.*

Id est, commodatur] Commodare est rem certo modo gratis utendam dare: quod igitur usu consumitur, commodari non potest nisi fortè ad pompam vel ostentationem; *l. 3. §. ult. comm.* quamvis Auctores etiam in istiusmodi hoc verbum usurpent, v. Salmas. *c. 7. de usur.* Nec commodatum est, si merces intervenerit, sed locatio *h. §. in fin.* Nec si res utenda data simpliciter; sed precarium, quod statim revocari potest, secus ac juris est in commodato, *l. 1. & 2 de prec.* junct. *l. 17. §. 3. commod.*

Commodati actione] Directa scil. contrariam de indemnitate sua habet commodatarius; *l. 18. §. 2. & seq. eod.*

Re ipsa restituenda] Quoniam qui commodato dat; rei proprietatem retinet, *l. 8. & 9. comm.* qui mutuo, rem facit accipientis.

Qui mutuum accepit, si fortuito casu, &c. Tum quia res regulariter perit suo domino; *l. 9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est, quod perire non potest, *l. 11. C. si cert. pet.* nam genus non est quid materiale, sed intellectuale, quod passionem non recipit.

Exactam diligentiam] Id est, *exactissimam, l. 1. §. 4. de ob. & act. qualem quisque diligentissimus paterfam. suis rebus adhibet; l. 18. commod.* nimirum quia commodatum solam continet utilitatem ejus, cui commodatur consequens est distinctioni, *l. 5. §. 2. d. t.* ut & culpam præstet & diligentiam: quod & eodem loco expressum est. Diligentiæ autem verbo nostri ferè utuntur, cum loquuntur de levissima culpa; *l. 3. de per. rei vend. l. 23. de reg. jur. l. 47. §. pen. de l. 1.*

Nec sufficit, &c.] *Quantam suis rebus*] Hæc est media diligentia, quæ opponitur culpæ levi; id est, cùm quis in eo peccat, quod diligens paterfamilias vitare solet; *l. 72. pro soc. l. 17. de jur. dot. l. 1. de tut. & rat. distr.* exemp. *in l. 11. de per. rei vend. l. 31. ad l. Aq.*

Modò alius diligentior] Continet hic locus descriptionem diligentiæ summæ, cui opponitur culpa levissima: id est, cum quis aliàs mediocriter diligens in eo peccat, quod vir diligentissimus vitare potuisset. In summa commodatarius præstat & dolum & omnem culpam, excipe species in *d. l. 5. §. 10. & d. l. 18. in fin. prac. commodat.*

Majoresve casus non tenetur] Casus fortuiti nullo judicio præstantur; *l. 23. de reg. jur. l. 6. de pign. act.* nisi debitor periculum in se ultro susceperit; *d. l. 23. l. 1. §. 35. depos. l. 1. C. eod.* aut culpa motave casum præcesserit; *l. 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act. l. 23. l. 82. §. 1. l. 91. §. 3. de verb. obl.*

Nulla mercede] Commodare enim officii est & humanitatis; *l. 17. §. 3. commod.* Perroni: *Sive ergo nobis vendis, quod peto, mercator paratus*

tus est: sive quod humanius est, commodas, efficc, ut beneficium debeam. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiæ; *l. 1. §. ult.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit commodare, & quid commodatum differat à precario.*
2 *Contractuum quosdam esse μονοπλεύρους; quosdam διπλεύρους; alios medii generis.*
3 *Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.*
4 *Dolum in omnibus contractibus præstari, casum fortuitum in nullo: & quid utrumque; num in periculi nomine semper casus veniat.*
5 *Inter casus fortuitos non numerari, qui cum culpa conjuncti esse solent, & qui est casus.*
6 *Quibus ex causis cesset regula de casibus fortuitis non præstandis.*
7 *Culpa quid & quotuplex: pleniùs quam vulgo.*
8 *Quid culpa lata, quæ & dolo proxima.*
9 *Quid culpa levis.*
10 *Quid levissima, ubi & alia minùs trita.*
11 *Latam culpam non minùs, quàm dolum in omnibus contractibus præstari, rejecta Zasii distinctione.*
12 *Qui contractus dolum dumtaxat recipiant: qui verò & culpam. Tum in quibus negotiis etiam officii debitor culpam præstet, & diligentiam.*
13 *Positivus, exactus, diligens sæpè pro superlativis, exactissimus, diligentissimus, in hac disputatione poni, & contra.*
14 *Consectaria ex textu deducta.*
15 *Quando culpa à commodatario abesse intelligatur.*
16 *Commodatum propriè nullum nisi gratuitum.*

1 SEcunda species obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor quæ *hoc tit.* recensentur, est obligatio commodati. Commodare est rem alicui gratis certo modo utendam dare. Est rem utendam dare: proinde non tantùm res mobilis, sed etiam soli commodari potest, veluti fundus, ædes: nam & habitationem commodari posse placuit; *l. 1. §. 1. commod. 17. in pr. de præscr. verb.* Quòd autem utendum datur; ejus rei non dominium transfertur, sed usus tantùm accipienti ad tempus conceditur salva rei substantia. Ex quo intelligimus: id quod usu consumitur commodari non posse, nisi forte dici causa ad pompam vel ostentationem; *l. 3. §. ult. l. 4. commod.* Quamquam Auctores aliquando etiam in istiusmodi rebus hoc verbum usurpant, pro mutuo dare scilicet. Cicero *Verrin. 5. Commodasti tritici modios sexaginta.* Ut & mutuari pro commodato accipere, *D. Salmas. cap. 7 de usur.* Deinde etiam hoc; commodatarium eam ipsam rem, quam accepit, finito usu restituere debere. Adjecimus *Gratis*: quia nisi gratuitò res utenda concedatur: commodatum non est, sed aliud genus contractus; *hoc text.*

Vinnius in Institut.

in fin. Denique consultò addimus, *Certo modo*: ut hac nota commodatum (quod quidam etiam sic dictum putant, quasi cum modo datum) discerneremus à precario; quo quidem & ipso res utenda datur & gratis: sed simpliciter, non ad certum usum: cujus rei hic effectus est, ut precarium statim cum videtur revocare, liceat, etiam tunc cum ad certum tempus datum est; commodatum non liceat, nisi finito tempore utendi præscripto; *l. 1. l. 2. l. 12. de precar. junct. l. in commodato 17. §. 3. commod.* Et quia precarium numquam transit in necessitatem obligationis; inde est, quòd nec ulla jure civili eo nomine actio est, sed interdictum de precario introductum; *l. 14. de precar. l. 14. §. 11. de furt.* quod tamen cessat, cum quis de re sibi restituenda cautum habet; *l. 15. §. 3. de precar.* & tunc aget precario dans vel ex stipulatu, si stipulatione sibi caverit; vel præscriptis verbis, si pacto; *l. 2. §. 2. l. 19. §. ult. eod.* ubi vocatur Condictio incerti, quia condicitur possessio vel precario rogatæ; *vid. l. 15. §. 1. qui exceptionem 40. §. 1. de condict. indeb.* Planè ipse commodatarius quovis tempore rem reddere potest: quippè cui licet non uti, & beneficio renuntiare.

Re obligatur] Commodare non est convenire de re utenda danda; quod nudum pactum est: sed utendam dare & tradere; unde satis intelligitur, si qua hic contrahitur obligatio, eam non solo consensu contrahi; sed re; *l. 1. §. 3. de obl. & act.*

Commodati actione] Directa scilicet. Potest enim ex hoc contractu etiam commodatario actio oriri adversùs commodantem; quæ contraria dicitur: sicut in deposito quoque & pignore usu venit; item in mandato; negotiis gestis; tutela, de quibus inf. suis locis. Nimirum (quod
hic notandum est) contractuum quidam sunt 2
μονόπλευροι, qui ex uno tantùm latere obligant: quidam δίπλευροι, qui ultro citroque: quidam mediæ inter hæc genera naturæ; ex quibus nec semper unus, nec semper uterque obligatur: quamvis & hi inter δίπλευρους numerentur; *sup. tit. de action. in princ.* Primi generis sunt mutuum & stipulatio; quorum ea natura est, ut & ab initio ex uno tantùm latere obligent; cùm scilicet, qui accepit aut promisit, nec ex postfacto conditionem mutent. Secundi generis sunt emptio, locatio, societas; ex quibus statim mutua nascitur obligatio. Estque in his par utriusque contrahentis in obligatione constituenda ratio. Inter medii generis sunt commodatum, depositum, pignus: qui contractus natura comparati sunt ad unum dumtaxat obligandum; eum qui accepit videlicet, ut liquet ex fine principali contrahentium: neque ab initio eamdem itidem obligant; sed fit tamen in his sæpè ex postfacto & accidenti, ut contra ille quoque qui dedit accipienti obligetur: veluti si accipiens in rem acceptam necessarias impensas fecerit, aut per causam rei damnum passus sit, quas impensas refundi damnumque ei sarciri æquum est, *l. in commodato 17. §. 3. l. in rebus 18. §. 2. l. pen. commod. l. si servus 31. de pign. act. l. 5. depos.*

Atque hinc actiones, quibus commodatarius, depositarius, creditor pignoratitius tenentur, ut scilicet rem quam acceperunt restituant, nomen directarum acceperunt: quæ verò ex contrario ipsis accommodantur; de indemnitate eorum adversùs commodantem, deponentem, debitorem, contrariæ dictæ sunt. Unde *tit. commodati vel contra depositi vel contra, &c.* Contrariæ actiones præter pecuniariam commendationem ejus, quod agenti abest, nihil habent: quoniam in his de perfidia non agitur, sed tantùm de indemnitate actoris; unde nec in litem in has juratur, nec damnatus ex ulla causa fit infamis; *l. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui notant. infam. §. pen. infr. de pœn. temere, litigant,*

3 *Ab eo qui mutuum accepit.*] Notantur in Cajo *l. 1. §. 4. de obl. & act.* quæ differentiæ inter mutuum & commodatum. Quarum prima est: Quòd is qui mutuum dat, rem faciat accipientis; is verò qui dat commodato, proprietatem rei retineat; *l. 8. & seq. commod.* cui proinde eadem res in specie seu eadem eodem numero finito usu restituenda sit. Altera: Quòd is qui mutuum accepit, fortuita amissione ejus quod accepit, non liberetur; cujus rei ratio sub *princ. hujus tit.* indicata est; commodatarius verò liberetur, si res sine facto ejus perierit, exemplo cæterorum debitorum, qui speciem aliquam debent; *l. 5. de reb. cred. si ex legati 23. de verb. obl.*

Sanè quidem exactam diligentiam] Si res alienæ vel aliis debitæ peremptæ, deperditæ, aut deteriores apud nos factæ fuerint; quæritur, non in commodato tantùm, sed in omnibus ferè contractibus & negotiis; ad cujus id damnum pertineat Quæstio diffusa & perquàm difficilis; cujus sedes in Pand. est *l. contractus 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. commod.* In Institutis hoc potissimùm loco tractatur. De eo inter omnes convenit, aliud in proposito statuendum esse, si dolo malo, aliud si culpa debitoris; aliud si casu fortuito quid eorum, quæ diximus, contigerit. De dolo & casu facilis præceptio est; culpæ difficilior explicatio. Dolus est
4 machinatio consulto ad nocendum alteri adhibita; *l. 1. §. 2. de dol. mal.* Eum omnes contractus recipiunt; sive quod idem valet, in omni contractu dolus præstatur; *d. l. 5. §. 2. commod. d. l. 23. de reg. jur.* Cujus definitionis hæc sententia est; Quicquid quovis in contractu dolo malo factum est à debitore, quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur; detrimentum esse debitoris, perindeque eum teneri, ac si nihil eorum accidisset. Adeò autem in omni judicio dolus præstatur, ut nec conventione contrarium effici possit; videlicet ne dolus præstetur; cùm talis conventio fit contra bonos mores, invitetque ad delinquendum; *d. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. illud 7. depos. l. si unus 27. §. 3. & 4. de pact.* Planè de præterito dolo pacisci scilicet, & actionem quæsitam remittere; *l. 7. §. si paciscar 14. d. l. 27. §. 4. de pact.* Casus fortuiti contraria definitio est: nam ut dolus ab omnibus & in omnibus judiciis præstatur; ita contra, casus fortuiti nullo judicio & à nemine præstari dicuntur; *d. l. 23. de reg. jur. in fin. l. 6. Cod. de pign. act.* ubi verba illa, *In nullo bonæ fidei judicio*, adjecta non sunt ad excludenda judicia stricti juris; *per l. 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred.* sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum: nam si hic non præstatur casus; multò minùs illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quantumvis contractus sit stricti juris; ut benè *Don. ad d. l. 6. num. 21.* Casum fortuitum definimus: Omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui prævisо non potest resisti; *l. in rebus 18. commod. l. ex conducto 15. §. 2. locat. d. l. 6. Cod. de pignor. act.* Alio generali nomine casus & vis major dicitur; *l. 13. in fin. de pign. act. l. si merces 25. §. vis maior. 6. locat. l. 1. § 4. de obl. & act.* item fatum & damnum fatale, *l. 16. de rei vend. l. 5. § 4. commod. l. 3. §. 1. naut. caup. stab. l. 2. in fin. de peric. & commod. rei vend. cum simil.* Qui verò periculum dicit; is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. l. 17. §. 1. 2. pen. de præscr. verb. l. 12. & 2. seq. de peric. & comm. l. C. commod. l. 9. C. de pign. act.* sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstare & maxime levissimam nos oportet, non etiam casum improvisum; *l. 13. §. 1. de lib. ea l. qui mercedem 40. locat. l. non ob eam 25. pro soc. l. 14. § qualis 16. de furt l. 1. § sæpè 35. depos. l. 3. pr. naut. caup. stab.* & passim hæ phrases occurrunt: *Periculum custodiæ subire, Periculo culpæ vel negligentiæ subjici, adstringi, illigari, l. un. § 4. furt. ad naut. l. tutores 39. §. tutores 12. & 1. seqq. de adm. tut. d. l. 1. §. sæpe depos.* Sed & appellatione casus interdum negligentia significatur. Cajus scribens ad legem duodecim tab. *Casu* inquit, id est negligentia; *l. 6. de incend. ruin. naufr.* quæ interpretatio confirmatur; *l. capitalium 28. §. incendiarii 11. vers. nam fortuita, de pœn,* & ita cape *l. 5. §. 2, l. 11. § 2. eod,* Casus fortuiti varii sunt; veluti à vi ventorum; turbinum; pluviarum; grandinum; fulminum; æstus; frigoris; & simi- 5
lium calamitatum, quæ cœlitùs immittuntur. Nostri vim divinam dixerunt; Græci θεῖν βίαν, *l. si merces 25. §. vis maior. locat.* item naufragia; aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, fundorum chasmata; incursus hostium; prædonum impetus, &c. fugæ servorum, qui custodiri non solent. Quæ species passim occurrunt; *d. l. 23. de reg. jur. d. l. 5. §. 4. l. 18. commod. l. 15. §. 2. locat. d. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* His adde damna omnia à privatis illata, quæ quominùs inferrentur, nulla cura caveri potuit; *l. ad eos 19. commod. leg. si ea 31. de act. empt. l. de damno 41. locat.* Ad casus autem fortuitos non sunt referendi illi casus, qui cum culpa conjuncti esse solent: cujusmodi sunt furta; *l. cum duobus 52. §. 3. pro soc. leg. 14. §. 2. de peric. & comm.* item incendia intrinsecùs orta; *l. 3. §. 1, de off. præf. vig. l. 11. de peric. & comm. rei vend.* Quamobrem qui rem furto amissam, vel incendio,

dio, verbi causa servorum negligentia orto con-
sumptam dicit; is diligentiam suam probare de-
bet. Quòd verò incendium in alienis ædibus ob-
ortum occupat ædes vicinas, aut quod fulmine
excitatur, aut à grassatoribus vel incendiariis
immittitur; id inter casus fortuitos numerari de-
bet; *vid. Gail. 2. obs. 21. Sande lib. 3. tit. 6. nu. 9.
Fachin. 1. cont. 87. Don. ad l. 6. Cod. de pignor.
act. num. 6. & 3. seqq. Sichard. ibid. nu. 4. Moller.
4. semestr. 31. D. Tuld. in comm. ad tit. de leg.
Aquil. cap.* 8. Porrò regula de casibus fortuitis
6 non præstandis proposita certa & perpetua est;
ubi nihil ampliùs debitori objicitur, quàm casus
fortuitus: cessat autem, si aut mora casum præ-
cesserit, aut debitor rei periculum in se ultro su-
sceperit: Etenim moræ intervenientis hic effe-
ctus est, ut obligatio perpetuetur. Quod hanc
habet sententiam: Si res debita post moram à
debitore factam perierit; ipsius id detrimentum
esse, perindeque eum perpetuo teneri, ac si res
adhuc extaret; *l. 23. de verb. oblig. leg. nemo 81.
§. 1. l. si servum 91. §. 3. eod. add. Christin. volum. 2.
dec.* 117. Conventio quoque in negotio geren-
do interposita de casu præstando facit, ut debi-
7 torem damna fatalia sequantur; *l. 1. §. sæpè 35.
depos. l. 23. de reg. jur. l. 1. Cod. depos.* Medium
inter duo illa extrema, dolum & casum fortui-
tum, culpa est. Hæc neque unius est generis,
neque quævis à quovis debitore præstatur. Pro-
inde quæstio de præstatione culpæ huc redit:
primùm ut norimus, quid sit culpa, & quotuplex:
tum quæ culpæ species quibus in contractibus
præstentur. Culpam definio omne factum in-
consultum, quo nocetur alteri injuria. Facti
nomine etiam quod omissum neglectumve est,
intelligimus: nam & non facere quod facere
oportet culpa est; *l. si servum 91. pr. de verb. oblig.*
sicut è contrario & negligentiæ adscribitur, quod
temerè & inconsultè quis agit. Dicimus *Factum
inconsultum*, ut culpam secernamus tum à dolo
tum à casu fortuito. A dolo: quia dolus non est
sine consilio & proposito nocendi; culpa est
ἀπροαίρετος. A casu fortuito; quia quod conside-
ratè & per negligentiam fit, humanitùs vitari &
prudenti ac diligenti consilio caveri potest; unde
culpa alio nomine negligentia dicitur; *§. seq. hoc
tit. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act. l. socius socio 72.
pro soc. l. cedere diem 213. §. ultim. de verb. sign.*
Græcis *ἀμέλεια*. Damna autem fatalia nec consi-
lio se regi patiuntur, nec humana prudentia
averti possunt. Addimus *Injuria*: nam quod jure
permittente fit, non magis delictum est, quàm
id factum, quod alii non nocet; *l. Gracchus, C.
ad l. Iul. de adult.* Species culpæ quot sint, &
quid singulæ: in libris juris, quos habemus, ex
professo traditum aut explicatum non est; me-
minerunt tamen prudentes culpæ latæ, item le-
vis, & levissimæ. Quamobrem tres hasce culpæ
species, aut si mavis gradus, faciemus iisdem ap-
pellationibus inter se distinctas; latam, levem,
levissimam: nam & ex adverso tot sunt species
seu gradus diligentiæ. Est enim diligentia quæ-
dam minima seu infima: est media; *μέση ἀμέλεια*
est & maxima, quam Græci *μεγάλην*, item *ἄκραν*,
& *ἀκροτάτην* appellant; *vid. Scholiast. Harme-
nop. lib. 6. tit.* 2. Latam culpam è regione oppo-
nimus infimo gradui diligentiæ; ut sit omissio
ejus diligentiæ, quam omnes homines suis re-
bus adhibere solent: aut id factum in re aliena,
quod nemo admitteret in re propria. Itaque in
lata culpa est, qui non prospicit, curat, cavet, 8
quod omnes, qui modò sensu communi præditi
sunt, provident, & intelligunt, se cavere aut cu-
rare debere; *dict. l. cedere diem, §. ultim. leg.
latæ 223. de verbor. sign. leg. quod Nerva 32. depos.
leg. penult. §. secundo, de jure & fact. ign.* ve-
luti si quis noctu ædium ostia aut fenestras, per
quas de plano intrari potest, apertas reliquerit:
aut si quis rem fidei suæ commissam in loco pu-
blico aut eò, quòd quivis accedere potest, incu-
stoditam jacere patiatur, credens neminem
venturum qui auferat. Hac eadem culpa pec-
cat, si quis rem, quam vendere debebat, cor-
rumpi passus sit; *l. mulier 22. §. 3. ad sen. Tre-
bell.* item putator arboris, qui non proclamans
ramum dejicit, eoque ictu prætereuntem inter-
ficit; *l. 7. ad leg. Corn. de sicar.* Alia exempla
hujus culpæ habes *in leb. 8. §. ultim. & lib. 29.
§. 3. mand.* In summa: quicumque non facit in
re aliena, quod vel minimum diligens homo in
sua faceret, hujus culpæ reus est. Dicitur &
culpa latior; *d. l. 32. depos.* gravior, *leg. homo
liber. 54. §. secundo, de acquir. rer. dom.* Item la-
ta, magna, crassa, supina, dissoluta negligen-
tia; *leg. magna 226. de verbor. sign. leg. 7 §. 2. de
adm. tut. leg. 7. §. 1. de susp. tut. leg. 29. princ.
mand. leg. cum sex. 55. de ædil. edict. leg. 6. de jur.
& fact. ignor.* & passim per periphrasin culpa do-
lo proxima; *leg 4. de mag. conv. leg. cum res 47.
§ pen. de legat. 1. l. 8. §. 3. de precar. l. 22. §. 3. cum
similibus.* Levem culpam opponimus diligentiæ
mediæ, ut intelligatur esse omissio ejus diligen-
tiæ, quam hominum natura desiderat: id est, me-
diocris, & quam vulgò homines frugi suis rebus
adhibere soliti sunt; *argum. d. l. 32. depos.* aut id
admissum in re aliena, quod diligens paterfam. 9
non committeret in re sua. Et ideò in jure no-
stro non exigitur ad consuetudinem hominis di-
ligentissimi, sed ad eum modum, quo quis curat
res proprias; *hoc text. l. 1. §. 4. de oblig. & act.
leg. hæredes 25. §. non tantum 16. famil. ercisc.
l. 1. de tut. & rat. distr. l. 17. de jur. dot. l. socius
socio 72. pro soc. l. 22. §. 3. ad Trebell.* modò ne ni-
mium negligenter in suis quoque rebus verse-
tur: nam in abstracto hoc magis consideratur,
quàm in concreto, relatione habita ad diligen-
tiam talem, qualem communiter bonus & dili-
gens paterfam. suis rebus præstare consuevit, non
qualem unus è multis, sed qualem magna pars
patrumfam. *leg. quod sæpe 35. §. si res 4. de contr.
empt. l. 14. de pign. act. l. 11. de peric. & comm. rei
vend.* Itaque levi culpa peccat, si quis verbi gra-
tia, non clauserit fenestras altiores, quàm ut de
plano intrari possint, & fures admotis scalis in-

gressi fuerint: aut si incendium domesticorum
negligentia exortum sit, quod adhibita consueta
boni patrisfamilias diligentia præcaveri potuisset
l. 11. de peric. commod. Levi culpæ & imperitia
ferè annumeratur; *l. imperitia 132. de reg. jur. l. 8.
§. 1. ad l. Aquil. l. 9. §. pen. locat.* Puto autem, im-
peritiam in artifice, seu qui peritiam alicujus rei
profitetur, pro levi culpa habendam; *l. 9. §. 5. l. 13.
§. 5. locat. l. 12. de furt.* in aliis pro levissima. De-
nique huic culpæ obnoxius est, quicumque non
providet quodcumque à diligente provideri po-
tuit; *l. si putator 31. ad l. Aquil.* Hæc species
ferè in usu juris sola significatur, quoties verbum
10 culpæ absolutè ponitur, aut dolo opponitur, ut
innumeris locis videre est; *l. 5. §. 2. commod. l. 23.
de reg. jur. l. 11. de neg. gest. l. heredes, §. non tantum,
fam. erc. l. 5. §. 3. de in lit. jur. l. 1. §. sæpè 35. depos. l.
socius socio 72. pro soc. l. in reb. 17. de jur. dot. l. 5.
l. 8. C. de pign. act. cum simil.* Levissimam culpam
opponimus diligentiæ summæ ut sit omissio ejus
diligentiæ, quam vigilantissimus quisque atque
attentissimus paterfam. suis rebus adhibet; *l. in
rebus 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act. l. 3. de peric.
& comm. rei vend. §. 1. inf. de obl. quæ quas. ex contr.*
aut id commissum in re aliena, quod diligentissi-
mus paterfam omitteret. Quare hanc culpam qui
præstat, non excusabitur, si eam rebus alienis
diligentiam præstiterit, quam aut ipse aut pleri-
que suis rebus adhibere solent; modò quis alius
diligentior, majori cura adhibita damnum, quod
illatum est, vitare potuerit; nam ad exactissimam
diligentiam hæc culpa dirigitur; *hoc text. d. §. 1. in
fin. inf. de obl. quæ qui ex cont. d. l. 1. §. 3. de obl. & act.
d. l. 18. comm. d. l. 72. pro soc. §. ult. infr. de societ.*
Exempli gratia, non carebit culpa levissima si
quis fenestras versus publicum remotiores à lo-
cis, in quibus dormit familia, non munivit cla-
thris aut ferreis perticis. Levissimæ culpæ men-
tio fit *l. in lege 44. ad leg. Aquil.* passim per oppo-
situm indicatur verbo diligentiæ aut custodiæ,
quo summa & exactissima significatur; *d. l. 5. §. 2.
commod. l. 23. de reg. jur. l. cum res 47. §. pen. de l.
1.* Et si verò non omnis culpa ejusdem gradus se-
cundùm hanc distinctionem æqualis est: nam
qualitas facti & circumstantiæ semper augent aut
minuunt culpam, ita ut in hominum actibus,
certis terminis circumscribi nequeat. Tamen
ad cognitionem hujus materiæ poterit nobis suf-
ficere trium graduum distinctio; ut benè ostendit
*Decian. lib. 1. tract. crim. cap. 6. & Pet. Fab. ad l.
contractus, de reg. jur.* prudenterque notat D. Tul-
denus, *comment. ad hunc tit. cap. 8.* cùm varia hæc
sint atque incerta, nimisque vaga, quàm ut singu-
la scientiæ & perpetuis regulis subjici possint,
11 magisque ad prudentiam referantur & arbitrium
judicis: tamen generalibus his præceptis & defi-
nitionibus religionem judicis sufficienter instrui
posse, iisdemque arbitrium illius dirigendum.
Restat nunc ut videamus, qui contractus quam
culpam recipiant. Lata culpa dolo comparatur;
perindeque ut dolum in omni contractu hanc cul-
pam præstari placet: non quod revera & facti
genere dolus est; contrarium enim ostendit ejus
definitio, & loci, in quibus à dolo apertè distin-
guitur; *l. 22. §. 3. ad Trebell. l. 7. ad l. Corn. de fic.
l. tutori 20. C. de neg. gest. l. 7. C. arb. tut.* sed quia pro-
pè fraudem ac dolum accedit; *l. si fidejussor. 29.
mand. l. 7. § 1. de susp. tut.* & doli ac malitiæ quasi
consanguinea est: unde etiam passim culpa dolo
proxima vocatur. Nam quod legimus. Latam seu
magnam culpam dolum esse; *l. quod Nerva 32.
depos. l. 226. de verb. sign.* Dolum accipi debere
etiam latam culpam; *l. 5. §. dolum 15. ut in poss.
l.* Magnam negligentiam etiam in doli crimen
cadere; *l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* id ad com-
munem juris effectum referendum est: quoniam
lata culpa interpretatione juris dolum repræsen-
tat; jure effectum doli patitur. Et quod Celsus
scribit: Eum, qui lata culpa peccat, fraude non
carere; in eo respicit ad violentam præsumptio-
nem, quæ jure pro explorata habetur. Exploden-
da enim est distinctio Zasii inter latam culpam
ignaviæ & versutiæ, quamvis eam probet *Mynst. in
§. suspectus, sup. de susp. tut.* nam versutiæ culpa
quid aliud est revera, quàm dolus, quàm malitia.
Ex hac porrò interpretatione est, quòd quoties-
cumque contractus dolum recipere dicitur, verbo
doli etiam lata culpa intelligatur, etiamsi in lege
latæ culpæ mentio non fiat: adeòque etsi dolus
notetur particulis taxativis; *solum; dumtaxat, &c.
l. 3. §. 1. naut. caup. stab. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg.
jur. l. 1. §. ult. depos. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. l. 8. §. 3.
de prec. l. servus 180. §. cum quidam 12. de legat. 1.
§. seq. hoc tit.* cum similibus. Atque hoc etiam
procedit in causis famosis, & nonnumquam etiam
cum ex causa delicti civiliter agitur ad pœnam,
*l. 11. §. ult. de his qui notantur infam. l. 7. §. 1. de
susp. tut. l. 1. §. 2. si is qui test. lib. l. pend. de incend.
ruin. naufr.* quibus locis refutantur qui, simplici-
ter negant, in causis famosis & delictis latam cul-
pam dolo comparari: per *l. 3. cum 2. seq. de serv.
corrupt. in furti 50. §. ult. de furt.* add. quæ nos sub
§. suspectus, de susp. tut. lib. 1. tit. ult. Planè in cau-
sis criminalibus, & præsertim capitalibus, hæc
comparatio sive doli & culpæ exæquatio locum
non habet: sed in his placet, dolum solum pro
facto accipi, latam culpam pro dolo non haberi,
ac proinde nec eodem modo coerceri, *l. 7. ad l.
Corn. de sicar.* nisi fortè res sit mali exempli. Quo
casu punitur, & qui nocendi animum non habuit,
l. 3. § 2. d. tit. l. si quis 38. §. qui abortionis 5. de pen.
Dolus, ut hoc obiter hic moneam, in crimini-
bus significat malum propositum, quo proposito
deficiente, plerumque nec delictum est, veraque
malitia in his requiritur, ut verba quoque pro-
priè ac naturaliter accipienda sint, non fictè aut
civiliter. Levis & levissimæ culpæ alia ratio est. 12
Harum neutra in omnibus contractibus præsta-
tur, sed in quibusdam dumtaxat. Sunt enim qui-
dam contractus, qui dolum (quo nomine nunc
porrò etiam latam culpam intelligi volumus)
tantùm recipiunt: sunt qui præter dolum etiam
culpam levem, quam deinceps usum juris se-
quentes culpam simpliciter appellabimus: sunt
deni-

denique, in quibus præter dolum & levem culpam præstatur etiam culpa levissima; quod more Veteribus usitato contrariæ rei præstatione, nimirum diligentiæ, indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & distinctio jure communi comprobata est: Ut siquidem tale sit negotium, in quo ejus, qui quid suscepit, nulla versatur utilitas, aut in quo debitor officii est debitor, quale est depositum; tum dolus solus præstetur. Ubi verò utriusque contrahentium utilitas vertitur, ut in empto, locato, dote, pignore, societate, rerum communione; ibi præter dolum præstetur & culpa. Quod verò utilitatem ejus dumtaxat qui accepit, non etiam ejus, qui dedit, continet quale plerumque est commodatum; in eo & culpa præstetur & diligentia; *l.* 5. §. 2. *l.* 10. *leg. in rebus* 18. *commod. l. in navem* 31. *circa fin. locat.* Quæ regula, servata eadem distinctione, accommodanda quoque est contractibus innominatis; *dict. l.* 10. §. 1. *commod. l.* 12. §. 1. *&* 2. *de præscr. verbor.* item legatis ac fideicommissis, quatenus natura eorum id patitur; *l. servus* 108. §. *cum quid* 12. *de legat.* 1. *junct. leg. cum res* 47. §. *pen. eodem leg. mulier* 22. §. 2. *ad Trebell.* Quod verò ejus qui precario rogavit, item agrimensoris dolus tantùm coercetur; id specialem rationem habet; *l.* 8. §. 3. *de precar. leg.* 1. §. 1. *si mens. fals. mod.* ut & illud, quod placet, nautas, caupones stabularios in eo quod receperunt plusquàm culpam præstare; *l.* 3. §. 1. *naut. caup. stab.* Cæterum prædicta distinctio ita obtinet, si nihil aliud nominatim convenerit; alioqui lex contractus servanda est; excepto si placuerit, ne dolus præstetur, *l.* 23. *de reg. iur.* Finge enim convenisse, ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantùm; nec minus, nec plus, quàm quod placitum est præstabitur; *leg.* 1. §. *convenit* 6. *deposi. leg.* 1. *Cod. eod. leg.* 5. §. *interdum* 10. *commod.* Possunt verò & sine conventione justæ causæ intervenire, ob quas placeat, etiam officii debitorem culpam præstare. Veluti si officium sit publici muneris: ut tutela & cura; *l.* 1. *de tut. & rat. distr. l.* 7. *C. arb. tut.* aut si quis se negotio obtulit; veluti si depositarius, cùm dominus rem secum ferre aut apud alium relinquere constituisset, eum ultro hortatus sit, ut apud se potiùs deponeret; quo casu non solùm culpa sed etiam custodia & diligentia in deposito præstanda; *l.* 1. §. *sæpe* 35. *deposi.* Eodem numero & negotiorum gestor voluntarius & mandatarius quoque haberi potest; *l.* 11. *de negot. gest.* §. 1. *in fin. inst. de obl. quasi ex contr. l.* 23. *de reg. jur. l.* 13. *leg. in re* 21. *C. mand.* Hæc suis locis in progressu singulis in contractibus diligentiùs confirmabimus. Illud hic obiter notandum: non eodem sensu dici Præstare diligentiam, & Præstare dolum, Culpam, casu n fortuitum. Cum enim diligentiam præstandam esse dicimus; eo significamus, diligentiam esse adhibendam: cum dolum, culpam casum fortuitum; non adhibenda hæc, sed removenda esse, & debitorem propter hæc teneri. Figuratæ enim hæ locutiones sunt. Præstare dolum, Præstare culpam, Præstare casum aut fatum, pro Præstare damnum, quod dolo, culpa, fato contingit.

Exactam diligentiam] Quoniam commodatum solam utilitatem continet ejus, qui commodato accepit; consequens est distinctioni *d. l.* 5. §. 2. *commod.* quod & eodem loco expressum est: 13
A commodatario & culpam præstari & diligentiam: id est, in commodato venire culpam non modò levem, sed etiam levissimam: siquidem, ut supra demonstravimus, diligentiæ verbo culpæ opposito in usu juris plerumque exactissima significatur. Gajus *leg. in rebus* 18. *eod. in rebus commodatis*, inquit, *talis diligentia præstanda est qualem diligentissimus quisque paterfamil. rebus suis adhibet.* Idem alibi ait: *Eum, qui utendum accepit, exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compelli*, *l.* 1. §. 4. *de obl. & act.* Justinianus exactam diligentiam dixit, sed eodem planè sensu; ut apparet ex eo, quod mox subjicit: Non sufficere tantam diligentiam adhibere commodatarius rebus commodatis, quantam suis rebus adhibet; modò res ab alio diligentiùs custodiri potuerit. Sic Constantinus in *leg.* 21. *Cod. mand.* exactum officium dixit, pro exactissimo. Ulpianus diligentem custodiam pro diligentissima; *d. l.* 5. §. *custodiam* 5. *commod.* Paulus diligentem patremfam. pro diligentissimo; *l. hæres* 25. §. *non tantum* 16. *fam. erc.* Quemadmodum vice versa superlativus nonnumquam pro positivo ponitur; quod æstimandum ex natura contractus. Jurisconsulti enim non semper eodem modo loquuntur. Quòd si proponas: Aliquem sua dumtaxat gratia (quod interdum fit) commodasse sponsæ fortè vel uxori, quo honestiùs culta ad se deduceretur; dolus solus præstabitur, ut in deposito; *d. l.* 5. §. *interdum* 10. *comm.* Quòd si sua & commodatarii gratia (quod item fieri potest) culpa æstimatur; ut in pignore, dote, &c. *d. l. in rebus*, *in fin. pr. eod.*

Si modò alius diligentior] Hinc tria elicimus. 1. 14
Etsi commodatarius ad communem modum diligens in rebus suis eadem diligentia tractaverit res alienas; tamen hoc non sufficere ad eum excusandum, cùm alius diligentior rem custodire potuisset. 2. Si commodatarius ipse sit summè diligens, nihil amplius ab eo exigi, quàm si eamdem diligentiam, quam suis rebus præstat, etiam adhibeat commodatis: Quippe cùm major ab alio expectari non possit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non sit, sed natura in suis rebus ignavior, licèt aliquando diligentiùs versetur in rebus commodatis, quàm in suis; non eo tamen minùs teneri eum actione commodati, si alius diligentiùs curando rem servare potuit.

Majoresve casus non tenetur] Casus fortuiti nullo in contractu præstantur *l. contractus, de reg. jur. l.* 23. *de verb. obl.* nec si solius debitoris utilitatem contineat, quale est commodatum; *l.* 5. §. 4. *l. in rebus* 18. *commod. l.* 1. §. 4. *de obl. & act.* De commodato tamen ob prædictam causam dubitati

tari potuit; & videtur ad removendam istam dubitationem pertinere, quod præscriptum est *l. 6. C. de pign. act.* Casus fortuitos nullo bonæ fidei judicio præstari; nimirum ut intelligamus, nec commodatum hic excipi.

Si non ipsius culpa] Culpa abesse intelligitur, si re commodata usus sit juxta præscriptum in utendo modum. Itaque si alicui in hoc res commodata sit, ut eam peregrè secum ferret; isque incursu hostium aut latronum vel naufragio rem amiserit; non tenebitur. At si cui, exempli gratia quasi amicos ad cœnam invitaturo argentum commodavero; is si id peregrè secum portaverit; casum naufragii, impetum hostium, latronum, piratarum, præstare debebit; *d. leg. 18. comm. d. l. 1. § 4. de obl. & act.* Si res commodata usu deterior facta sit; ita commodatarius non tenetur, si ea usus sit in eam rem, in quam utendam accepit, nec ulla culpa intervenerit: veluti si equus usque ad certum locum utendus datus in ipso itinere deterior factus sit sine culpa commodatarii; *l. 10 l. ult. commod.*

16 *Si nulla mercede*] Commodatum nisi gratuitò non contrahitur. Commodare enim officii est & liberalitatis; *l. in commodato 17. §. 3. d. tit.* ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiæ; *l. 1 §. ult. mand.* Cum igitur merces pro usu rei datur aut constituitur; non commodatum, sed locatio est: aut si non statim merces constituatur, nec tamen gratis res utenda detur, sed eo animo ut tantum mercedis nomine præstetur quantum postea definiri placuerit; contractus innominati genus est; *§. 2. inf. locat. l. si pollenda 22. de præscr. verb.*

TEXTUS.

De deposito.

3. *Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi. quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit; non ei, sed suæ facilitati id imputare debet.*

NOTÆ.

3. *Res aliqua deponitur*] Id est, cui gratis hanc operam suscipienti custodienda datur; *l. 1. depos.* Depositi in genere sumpti species est sequestratio; *l. 5 §. 1. & 2 l. 7. l. 17. eod.*

Actione depositi] Directa: nam contrarium judicium depositario datur ad consequendam indemnitatem; *l. 5. pr.*

Si quid dolo] *l. 1. §. ult. l. 20. de pos. l. 1. §. 5. de obl. & act. l. 23. de reg. jur.* idque secundùm regulam *l. 5. §. 2. commod.* quoniam in deposito nullum commodum est depositarii. Etsi autem doli tantùm hic mentio fit; tamen & lata sive latior culpa etiam in depositi judicium venit: puta si quis omiserit quod omnes & vel minimum diligentes facerent in suo; *l. 32. de pos. l. 1. Cod. d. l. 1. §. 5. junct. l. 223 de verb. sign.* quippe quæ culpa ut doli ac malitiæ quasi consanguinea, dolum interpretatione juris repræsentat. Passim dicitur culpa dolo proxima; Exempl. *l. 22. §. 3. ad Treb. l. 7. ad l. Corn. de sic.*

Culpæ, &c. ac negligentiæ non tenetur] Extra quam si convenerit, aut culpa quoque præstetur, aut ultro se deposito obtulerit; *l. g. 1. §. 6. & 35. de pos.* Quoties autem culpæ aut negligentiæ simpliciter mentio fit, levis culpa significatur; *l. 5. § 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. 5. de obl. & act. l. 72. pro soc. cum simil.*

Negligenti amico] Cajus *d. l. 1. §. 5.* Schol. Harm. *lib. 6. tit. 2. §. 55.* Theod. Hermopol. ad *d. l. 23. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit depositum; & an etiam consistat in re immobili.*
2 *An quemadmodum deponens quovis tempore rem repetere; ita & depositarius eam pro arbitrio restituere possit.*
3 *Ad quid depositarius teneatur.*

Tertia species obligationis, quæ re contrahitur, est ex deposito. Deponere est, Rem alicui, qui gratis hanc operam suscipiat, custodiendam dare; *l. 1. depos.* In eodem significatu utimur & verbo commendare; *l. Lucius 24. eod. l. commendare 186. de verb. sign.* Rem hic intelligimus, sive ex certa specie sit, sive quantitas: puta pecunia numerata; *d. l. Lucius, & seq. §. 1. eod.* In quo depositum differt à commodato; *l. 3. §. ult. commod.* An verò quemadmodum commodatum etiam rerum immobilium est; *l. 1. §. ult. dict. tit.* ita & depositum in his consistere possit; quæritur. DD. comm. id negant, argumento sumpto ab etymologia nominis, quod à ponendo dictum; *dict. leg. 1. depos.* tum quod nullum depositi rei immobilis exemplum in jure nostro extet: postremò quòd cura rei immobilis in speciem mandati transeat; *argum. leg. 5. §. sed si 4. de præscr. verb.* Intelligunt autem depositum non in genere, sed in specie dictum: nam in sequestrationem, quæ depositi quoque in genere sumpti species est; *l. 5. & seq. l. licet 17. depos.* quin etiam res immobiles veniant; nemo dubitat; *l. 7. §. ult. qui satisd. cog. arg. l. un. C. de prob. seq. pec. cap. 1. de sequestr. Clement. un. eod.* quod ipsum etiam superiora argumenta elevare videntur. Nam si res immobilis, de qua controversia est, rectè deponi dicitur, cum ea à litigatoribus aut judice sequestro collocatur, atque ex ea depositione ei, qui vicerit, actio depositi sequestraria competit; cur 1

non

non similiter res immobilis non litigiosa deponi dicatur, cum ea à domino alicui custodienda traditur: ut hic quoque in eum, qui id recepit, actio depositi detur; utut fortassis ea res depositi communis modum excedat, legemque mandati annexam habeat; *argum. d. l. 5. §. 4. de præst. verb. leg. Lucius 24. depos.* Addidi, *Qui gratis hanc operam suscipiat.* Nam ut commodatum ita quoque & depositum gratuitum esse debet: illic dans officium præstat; hic accipiens. Si merces promissa sit; depositum esse desinit, & aut locatio est, aut incerti contractus genus; *l. 1. §. si vestimenta, & §. seq. depos.*

Re obligatur] *L. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* Sola quippe conventio depositum non facit, sed

2 rem poni apud alium oportet; eaque tradita, initium obligationis præbet.

Teneturque actione depositi] Actione nimirum depositi directa. Nam contrarium judicium depositario datur ad consequendum, quod sibi per causam & occasionem rei acceptæ abest; *l. 5. depos.* Potest verò is, qui deposuit, quovis tempore rem depositam repetere, & repetenti etiam ante tempus constitutum reddenda est; *l. 1. §. propen. & ult. eod.* At ex contrario, depositarius ante tempus statutum rem restituere volens officio suo non liberatur, nisi justissima causa interveniat; *l. 5. §. 2. eod.* ut benè Castr. *dict. l. 1. §. propen. & pen. & Costal. ibid.* Vitiosa enim est quorundam in hac re deponentis & depositarii comparatio. Etenim cùm totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur; etiam ad voluntatem ejus dirigendum est; quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat. At non sine incommodo deponentis futurum est, si depositario permittamus, officium, quod semel suscepit, contra legem contractus deponere. Ita ex adverso commodatum pro libitu quidem accipientis reddi; sed pro arbitrio dantis repeti non potest; *l. in commodato 17. §. 3. commod.*

De ea re restituenda] In specie. Qui enim rem custodiendam dat, nihil in alium transfert, sed apertè hoc agit, ut res sibi custodiatur, restituaturque reposcenti. Quare etiam si nummi deponantur; eadem corpora restitui oportet: nisi forte nominatim convenerit, ut depositarius, si opus haberet, pecunia uteretur, & redderet tantumdem; quæ res notos depositi terminos egreditur. *leg. Lucius 24. cum ll. seqq. leg. si sacculum 29. §. 1. depos.*

Si quid dolo] In deposito nullum commodum

3 est depositarii; quin onus potius est, rem alienam gratis custodire; ac proinde secundùm regulam de eo tolo tenetur, si quid dolo ejus perierit; *leg. 5. §. 2. commod. leg. 1. §. ultim. l. si sine 20. depos. leg. 1. §. is quoque 5. de obl. & act. leg. contractus, de reg. ju.* Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit: quia ea pro dolo habetur ut superiùs demonstravi. Itaque etsi doli hic tantùm mentio fit; sciendum tamen est, etiam latam culpam in depositi judicium venire; *leg. quod Nerva 32. depos. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act. l. 1. C. depos.*

Culpa nomine, id est, desidiæ ac negligentia] Quoties culpæ aut negligentiæ simpliciter mentio fit; levem culpam sive negligentiam his nominibus significari, § *praced.* probatum est: quod hic locus confirmet, &, unde desumptus est; *l. 1. §. 5. de obl. & act. item l. 72. pro soc. & §. ult. inf. de societ.* Igitur depositarius culpam aut negligentiam leviorem non præstat, extra quam si in deposito convenerit, ut ea quoque præstetur; *l. 1. §. si convenerit 6. depos.* aut si ultrò se deposito obtulerit; *d. l. 1. §. sæpe 35. eod.*

Furto amiserit] Furtum plerumque cum culpa patrisf. rem suam non benè custodientis conjunctum est: ideòque socius & venditor & creditor periculum furti præstant; *leg. cum duobus 52. §. 3. pro soc. leg. 14 §. 1. de per. & com. rei vend.* nisi doceant, culpam omnem abesse: quod aliquando fieri potest; *leg. 14. §. idem 5. de furt.*

Suæ facilitati id imputare] Hæc quoque ratio est, cur depositarius negligentiæ nomine non teneatur; quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet; *d. l. 1. §. 5. de obl. & act.* & se ipsum accusare, qui homini adeò dissoluto & supino, ut ne mediocri quidem diligentia in curandis rebus propriis utatur, rem suam commisit; Scholiastes *ad Harmenop. lib. 6. tit. 2.* Utique ut ad suum saltem modum depositarius rem depositam curet, meritò exigitur, *l. quod Nerva depos.* Adde omnino quæ nos ad §. *ult. inf. de soc.*

TEXTUS.

De pignore.

Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur; quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pigneratitia; sed quia pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quò magis ei in tuto sit creditum; placuit, sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.

NOTÆ.

4. *Re obligatur*] Ut res pignori obligetur, etiam nudo consensu effici potest, *leg. 1. de pign. act.* at ut creditor obligetur ad pignoris restitutionem, pignus traditum esse oportet, *l. 1. §. 6. de obl. & act.*

Actione pigneratitia] Directa scil. hac autem debitor efficaciter demum experitur soluto debito, *l. 9. §. 3. de pign. act.* Creditori verò & hic contraria competit, ut in casibus *leg. 3. l. 8. leg. 9. pr. eod.* Ab hac actione longè diversa est illa in rem

rem prætoria, quæ hypothecaria dicitur, & soli datur creditori adversus possessorem pignoris; §. 11. *inf. de act.* quamquam & ipsa interdum pignoratitiæ nomine designetur; *l. 3. §. 3. ad exhib. l. 41. de pign. act.*

Exactam diligentiam] Exactam diligentiam hoc loco positam pro ea, quam vulgò homines frugi suis rebus adhibent, & quæ præstari solet in contractibus, qui utriusque gratia fiunt; arguit ipsa Justiniani illatio. Translatitium autem est, in ejusmodi negotiis non levissimam culpam; ut in commodato, sed levem dumtaxat præstari; *leg. 5. §. 2. l. 18. in fin. pr. commod. l. 31. in fin. locat.*

Fortuito casu] *leg. 6. Cod. de pign. act.* Exclusio autem casus fortuiti non includit semper culpam levissimam: sed sæpè & hæc ipsa simul cum illo, ad quem proximè accedit, excludi intelligitur; *leg. 5. C. dot. l. 28. C. de locat. l. 4. Cod. de petic. tut.*

COMMENTARIUS.

1 *Pignoris significatio.*
2 *Etiam sola conventione pignus contrahi, sed ut nascatur obligatio pignoratitia, traditionem intervenire oportere.*
3 *Quando actio pignoratitia nascatur: & quid ea differat ab hypothecaria.*
4 *Ad quid creditor pignoratitius teneatur.*
5 *In actione pignoratitia levem dumtaxat culpam non etiam levissimam venire, cum accurata remotione contrariorum.*

1 QUarta & postrema species obligationum, quæ re contrahuntur, ex pignore est. Pignus in jure nostro triplicem ferè significationem habet. Nam & rem significat pro debito creditori obligatam; §. *item Serviana 7. inf. de act. tit. Pand. & Cod. de distr. pign.*, & jus creditori in ea re constitutum; *tit. qui pot. in pign. & quib. mod. pign. vel hyp. solv.* & denique contractum, quo jus illud constituitur; *leg. 1. §. ult. de pact. leg. 5. §. 2. commod.* Contrahitur autem pignus non sola traditione, sed etiam nuda conventione, quamvis traditum non sit; *leg. 1. de pign. act.* hoc est: jus in rem creditori quæritur simul ac placuit eam pignori obligatam esse; licèt possessionem non acceperit: ejusque juris persequendi causa actionem in rem jure prætorio constitutam habet Servianam aut quasi Servianam, quæ etiam hypothecaria dicitur; *leg. pignoris 17. de pign. §. Serviana inf. de act.* Cæterum ut obligatio pignoratitia constituatur, unde debitori actio sit adversùs creditorem ad pignus soluto debito repetendum; rem priùs tradi necesse est: atque hac consideratione pignus est contractus realis. Hinc intelligere licet; non agi hic de pignore legali, nec de pignore prætorio, aut judiciali, nec de eo, quod testamento constituitur: sed de conventionali dumtaxat; adeòque de pignore propriè dicto, non de hypotheca; nam pignus & hypotheca sic ferè distingui solent; ut pignus dicatur, cum possessio transit in creditorem, hypotheca, cum res apud debitorem manet; *l. 6. §. 2. de pign. act.*

Re obligatur] Obligationi pignoratitiæ non constitutio pignoris, sed acceptio causam præbet. Necesse quidem non est, ut res pignori obligetur, eam pignoris causa tradere creditori; potest enim pignus vel nudo consensu constitui; *leg. 1. de pign. act.* At verò ut ex pignore obligetur creditor, id non efficitur, nisi re tradita acceptaque, *leg. 1. §. creditor. 6. de obl. & act.* Cùm enim hæc obligatio eò pertineat, ut res eadem, quæ pignori obligata est, restituatur; traditam esse priùs oportet creditori, quàm restituere possit.

Actione pignoratitia] Directa scilicet; quæ datur debitori adversùs creditorem, ut rem pignoratam, cujus possessio apud eum fuit, unà cum fructibus restituta, *leg. debitor 40. §. ult. de pign. act. leg. 1. cum 2. seqq. Cod. eod.* & demum debito omni exsoluto intentari potest, *d. leg. 9.* 3 *§. eod.* Creditori verò & hic contraria competit adversùs debitorem, si fortè is pignus recuperavit, aut in conventione creditorem decepit; *leg. 3. d. leg. 9. pr. eod.* aut si creditor in rem pignoratam necessarias impensas fecit, *l. g. 8. eod.* Ab actione igitur hac pignoratitia toto genere differt actio, quæ hypothecaria dicitur; quippe hypothecaria in rem est, datúrque creditori ad pignus persequendum contra quemcumque possessorem, *d. §. Serviana inf. de act. l. g. pignoris 17. de pign.* at pignoratitia est in personam, competitque debitori adversùs creditorem, & adversùs hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat; pignoratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti à Prætore datur: hæc ex contractu nascitur, re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusivè hypothecariam quoque pignoratitiam interdum appellant, *leg. 3. §. 3. ad exhib. leg. 13. de cond. in d. leg. rem alienam 41. de pign. act.* & aliis locis.

4 *Sufficere si exactam diligentiam*] Supra §. 2. *hujus tit.* hanc Regulam ex Ulpiano *l. g. 5. §. 2. commod.* tradidimus: In contractibus, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, & dolum præstari & culpam. Culpam ex usu actorum juris interpretati sumus levem dumtaxat, non etiam levissimam. Et verò nec ratio juris patitur, ut in negotiis, quæ ex utilitate utriusque contrahuntur, eamdem à debitore diligentiam requiramus; quam præstaret, si ejus solius commodum ageretur: sed quemadmodum plus præstat quàm ille, cujus nulla versatur utilitas, ita minus ab eo exigendum quàm verbi causa à commodatario, qui beneficium accepit. Quamobrem etiam Ulpianus hæc tam diligenter distinguit, eosque contractus, qui utriusque utilitatem continent, medios facit inter depositum, quod tantùm

dolum

dolum & commodatum; quod etiam culpam leviſſimam recipit. Ex quo vel uno intelligimus ubi vertitur utriuſque utilitas, eſſe quidem quod præter dolum (cujus appellatione etiam lata culpa venit) præſtetur; quod tamen non ſit culpa leviſſima: levis igitur tantùm ſit neceſſe eſt. Hoc idem planè confirmat Gajus *l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* ubi diſertè ſcribit: Culpam in contractibus, qui utriuſque gratia fiunt, non æſtimari; ſicut regulariter æſtimatur in commodato. Ex numero contractuum, qui utriuſque commodum ſpectant, & pignus eſt: eòque expreſsè refertur & ab Ulpiano, *d. l. 5. §. 2. commod.* & à Juſtiniano hoc ipſo in loco, addito inſuper, qua in re utriuſque utilitas verſetur: nimirum creditoris; in eo quòd pecunia

5 ei cautio eſt: debitoris; quod ei creditur, cum abſque eo foret, ut non crederetur. Itaque ſciamus: prædictam regulam ad contractum pignoris quoque pertinere: & ſecundùm eam definiendum, quid in actione pignoratitia veniat: venire nimirum & dolum & culpam; *d. l. 5. §. 1. commod. l. 9 §. eſt præterea 5. de reb. auct. jud. poſſ.* Hoc autem modo cum noſtri ſimpliciter loquuntur; ſub dolo latam culpam comprehendunt: culpæ nomine levem dumtaxat intelligunt; ut ſuperius abundè probatum eſt. Culpæ igitur in pignore æſtimatio facienda non eſt ut in commodato: ut etiam culpam leviſſimam, quæ ſummæ diligentiæ opponitur, creditor pignoratitius præſtare compellatur, ſed ut in empto, locato, dote, cæteriſque ejuſdem naturæ contractibus, ut levem tantùm; *d. l. 5. §. 2. d. l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* Quod etiam non obſcurè hic indicat Juſtinianus: cum ex eo, quod pignus utriuſque gratia contrahitur; infert, ſufficere, ſi creditor exactam rei cuſtodiendæ diligentiam adhibeat. Hæc enim illatio arguit, Juſtinianum pignus conſiderare ut contractum medium inter commodatum quod ſolius commodatarii: & depoſitum: quod ſolius deponentis utilitatem continet: ac proinde velle, ut etiam in præſtationibus medium teneatur, & à creditore exigatur, plus quidem, quàm à depoſitario, minus autem, quàm ab eo, qui utendum accepit, juxta receptam diſtinctionem *d. l. §. 2. d. l. 18. circa fin. pr. commod.* Negotium tamen faceſſit, quod hic ſcriptum eſt de exacta diligentia, tum quod tantùm excluditur caſus fortuitus; ut etiam in *l. 13. §. ult. de pign. act. l. 19. C. de pign.* Quid quod iiſdem locis traditum eſt: Creditorem pignoris præter culpam & cuſtodiam debere; atque adeò, quod exprimitur in *d. l. 13. §. ult. In actione pignoratitia culpam venire, ut in commodato?* Reſpondeo: Ex iis, quæ relata ſunt, ſatis patet, plus præſtandum eſſe in commodato, quàm in pignore: & ideò hoc loco exactam diligentiam contra mentem Imperatoris non eſſe accipiendam pro exactiſſima; qualis à commodatario exigitur, quæ penè modum excedit, & qualem diligentiſſimus aliquis & unus fortè è multis ſuis rebus adhibet: ſed ſecundùm hujus contractus naturam pro diligentia ſtata, id eſt, ea, quam in ſuis rebus plerumque præſtare ſolent diligentes & frugi patresfam. nihil enim amplius à creditore Paulus exigit, *leg. 14. de pign. act.* Quamquam fatendum eſt, incommodè hanc ſpeciem diligentiæ exactam à Juſtiniano appellari, quod vim ſuperlativi habet: conſiſtit enim in medietate, non excedens modum quem hominum natura, quæ mediocribus contenta eſt, deſiderat. Quod autem tantùm caſus fortuiti excluduntur; ex eo non continuò ſequitur, ſummam atque exactiſſimam diligentiam à creditore præſtandam eſſe, ſeu eum etiam leviſſimæ culpæ nomine teneri. Nam leviſſima culpa, quoniam (quod verbum ipſum indicat) vix culpa eſt, ſæpe non conſideratur, & cum caſibus fortuitis, ad quos proximè accedit, & ipſa excludi intelligitur, ut in *leg. 5. Cod. de pign. act. leg. in judicio 28. Cod. de locat. leg. 4. C. de peric. tut.* Unde etiam eſt, quòd aliquando duo contractus quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa leviſſima præſtatur, ſi conjunguntur, quaſi utriuſque eædem eſſent præſtationes, ut in *d. l. 13. §. ult. de pign. act. l. contractus 23. de reg. jur.* Sed neque diligentia aut cuſtodia culpæ oppoſita ſemper ſignificat diligentiam ſummam aut cuſtodiam plenam, qualem præſtat commodatarius: ſed interdum mediam, ut culpæ levi in non faciendo ex adverſo reſpondeat, *l. quod ſæpè 35. §. ſi res 4. de cont. empt. leg. 10. §. 1. commod. d. l. 28. C. de locat.* eodemque modo cuſtodia accipienda in *d. l. 13. §. ultim. de pign. act. & d. l. 19. Cod. de pignor.*

Aliquo fortuito caſu] Nam caſus fortuiti à nemine præſtantur, *d. l. contractus de reg. jur. l. quæ fortuitis, C. de pign. act.* niſi culpa aut mora caſum præceſſerit, aut nominatim placuerit, caſum quoque præſtari, de quo jam explicatum eſt ſup. §. 2.

Titu-

Titulus XVI.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

D. Lib. 45. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 38.

1 *Continuatio 2. An verborum obligationis plures causæ, quàm stipulatio.*
2 *Pomponiana stipulationis definitio explicata: ubi & alia.*
3 *Usus stipulationum quàm varius jure civili.*
4 *Stipulationem non habere certam & determinatam naturam: & quid inde.*

EXposita est prima species obligationum:
1 quæ cùm ex contractu sint; solo tamen consensu non consistunt; ille nimirum ad quas constituendas præter conventionem rem intervenire oportet. Reliquæ sunt ejusdem generis adhuc duæ: quarum altera certis verbis, altera litteris ad consensum accedentibus constituitur: unde illa verborum; hæc litterarum dicta. De verborum obligatione priùs agitur, atque in ea explicanda & hic & proxi-
2 mè sequentes quinque tituli consumuntur. Litterarum obligatio breviùs perstringitur; *tit. 22.* Verborum obligatio, si Gajo *lib. 2. tit. 9.* credimus, duobus olim modis contrahebatur: aut interrogatione præcedente; eamque subsequente responsione: aut interrogatione non præcedente: unoque tantùm loquente, aut promittente: cujus modi duo profert exempla; dictionem dotis; & jusjurandum liberti ad operas & alia patrono præstanda. Verùm in corpore juris nostri uno tantùm modo contrahi verborum obligationem legimus: cum præcedit interrogatio; & sequitur congruens responsio; *hoc tit. in tel. 1. §. verbis 7. de obl. & act. leg. obligamur 52. §. 1. hoc tit.* Neque alia causa hujus obligationis in toto hoc tractatu assignatur, quàm stipulatio; quo nomine appellatur integra illa verborum conceptio, quæ interrogatione & responsione constat. Igitur verborum obligatio est ea, quæ nascitur ex stipulatione. Stipulatio est contractus constans interrogatione & responsione certis verbis conceptis. Stipulationem contractum esse; abundè probavimus in explicatione §. *ult. sup. de oblig.* Est autem μονόπλευρος, tantummodò, obligans respondentem. A Pomponio definitur: *Verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se quod interrogatus est respondet; l. 5. §. 1. hoc tit.* Verùm Jurisconsultus eo loco genus non expressit, quod nec semper necessarium; formam tantùm seu differentiam posuit perinde enim hoc accipiendum est, quasi dixisset:
3 *Stipulatio est contractus constans conceptione verborum, &c.* Verbis utimur in omnibus ferè contractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent. Deinde in cæteris contractibus sufficiunt quævis verba, nuda etiam & vulgaria; stipulatio solemnia & certo modo concepta desiderat. Ex quo rectè plerique colligunt stipulationem esse contractum juris civilis. Nam etsi verborum usus omnium gentium cõmunis est: & cum ratione juris gentium apprimè convenit, ut quis ex consensu verbis declarato obligetur; tamen à simplicitate illius juris alienius est, ad substantiam alicujus actus exigere certam conceptamque verborum linguæ nuncupandorum formulam: quod etiam Paulus non obscurè innuit *leg. 1. locat.* facit item *leg. si ita 126. §. 2. vers. superest de verb. ad obl. d. Ioan. Gadd. de contr. & committ. stip. ca. 2. concl. 1.* Stipulationum usus jure civili maximus est; ne quis putet, hanc speciem conventionis frustra inductam esse. Quotiescumque enim (quod in multis causis est opus) sine re ac litteris obliga-
tionem constitui volumus; necesse est ad obli- 4
gandum promissorem stipulationem adhibere. Nimirum leges Romanæ ex nuda conventione neminem obligari voluerunt, ne qualecumque promissum & sermo sæpè inconsultus magis quàm ex voluntate proficiscens necessitate juris promittentem illigaret, & litium quoque, ut opinor, præcidendarum causa: sed excogitata est conventio certo modo & forma concipienda celebrandaque, quam deliberati animi certum signum esse voluerunt, & ex qua certo jure actio competeret; quam conventionem stipulationem dixerunt: Itaque stipulationum usus non tantùm utilis est, verùm etiam necessarius in fidejussoribus constituendis; *inf. de fidejuss.* obligationibus novandis, *l. 1. & l. 2. de novat.* interdum & in usuris, quas nobis præstari volumus; ut in strictis judiciis; *l. 3. C. de usur.* Sed & stipulationis vinculo cæteræ quoque conventiones & obligationes firmantur. Quod videre est tum in pactionibus nudis: quæ cùm per se jure civili infirmæ sint ad producendam actionem; stipulatione muniendæ sunt; *l. divisionis 45. de pact. l. petens C. eod. l. 3. & leg. 4. C. de rer. perm.* Paulus 2. *sent. 22. Omnibus pactis*, inquit, *stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit.* Tum etiam in contractibus juris gentium: ex quibus licèt actio jure civili competat; tamen his etiam stipulatio utiliter accedit, ut & firmior sit obligatio, & certior ratione præstationum; *l. 3. §. 1. de act. empt. l. 4. §. ult. de usur. l. quicquid 99. de verb. obl.* Denique omnium ferè negotiorum novissima parte subjici etiam stipulatio solet; *l. Titia 134 §. 1. de verb. obl. l. 7. §. quod ferè 12. de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum sunt communia, ea

sub

sub *tit. de verb. obl.* tamquam in Pandecte tractentur, & stipulationi attribuantur. Quod nonnulli tradiderunt; Stipulationem non esse contractum, qui per se consistat, sed alterius obligationis sive civilis sive naturalis accessionem & fulcimẽtum; per *l. 5. in pr. vers. conventionales h. t.* id DD. communiter sic exprimunt, ut dicant; Stipulationem non subsistere, quæ causam nullam præcedentem habet, propter quam adhibita sit. Et rectè. Nam cùm stipulatio non habeat certam & determi-
5 natam naturam, ut contractus cæteri: sed ex variis causis, sæpè etiam ex injustis interponatur, meritò requiritur, ut si eam valere volumus, de causa, propter quam interposita sit, constet: quod ex eo solo intelligi non potest, quòd quis simpliciter dicatur stipulanti promisisse. Enimverò in causa donationis, ut subsistat promissio, non est necesse antecedere aliquid actum donationis; sed satis est, stipulatione ipsa hoc agi, & promittentem votum liberalitatis habere, *l. hoc jure 19. de donat.* Illud tamen addendum Summo adhuc jure ex stipulatione sine causa nasci actionẽ; sed inefficacem eam reddi, opposita doli mali exceptione; *l. 2. §. 3. de dol. mal. exc. l. si quis 36. hoc tit. Gloss. & Bart. in d. l. 2. §. 3. Gomez. 2. var. resol. 11. num. 3* quem perperam reprehendit *Suarez in annot.*

Textus.

Summa.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari fierive nobis stipulamur; ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam Condictio certi: si certa sit stipulatio: quam Ex stipulatu; si incerta sit: quæ hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud Veteres firmum appellabatur, forte à stipite descendens.

Notæ.

Si certa sit] Nempe ratione rei in stipulatum deductæ; si appareat, quid, quale, quantumque sit in stipulatione: ubi autem hoc non apparet; incertum est; *l. 74. & seq. h. t.*

Ex stipulatu [Quæ in specie & τεχνικῶς, ex stipulatu dicitur; *l. 24. de reb. cred.* alibi actio incerti ex stipulatu; *l. 4. de usur.* Cæterum generaliter & κοινῶς etiam rem certam ex stipulatu petentes ex stipulatu agere dicimur; *l. 83. §. 6. de verb. obl. 42. pro soc. l. 28. de cont. empt. l. 14. Cod. de pact.*

Si incerta sit] Exempla incertæ stipulationis pete ex *l. 75. de verb. obl.* Illa stipulatio incerta non est; *Triticum, quod in illo horreo est, dare spondes; d. l. 75. fac. l. 30. §. 4. ad leg. Falc. leg. 7. §. 1. de cont. empt.* Itaque non leviter hic errat Th. Quòd si id, quod in obligationem deductum est, nullos certos fines habet, aut ad utilissimum deduci potest; stipulatio inutilis est: veluti si fundus sine demonstratione promitius, *l. 96. §. 4. de jur. dot.* vinum, triticum, sine designatione mensuræ, *l. 94. & seq. l. 115. pr. h. t.* Thalel. ad *l. 1. C. de dot. prom.* Hot. *Lib. 4. tit. B. §. 44.*

Stipulum apud Veteres firmum] Hanc nominis rationem reddit & Paul. *5. sent. 7.* & probat Doctissimus Salmas. *de usur. c. 6.*

Commentarius.

1 *Verbo stipulationis non interrogationem tantùm, sed etiam responsionem, & ita totum contractum significari.*
2 *Etiam eum ex stipulatu agere dici, qui certum ex stipulatione petit; & quando incertitudo stipulationem vitiet.*
3 *Stipulationis vera originatio.*

Ex *interrogatione & responsione*] Verborum obligatio nascitur ex interrogatione & responsione; *l. 1. §. verbis 7. l. obligamur 52. de obl. & act.* Nam duabus hisce partibus constat illa verborum conceptio, quæ uno nomine stipulatio à Veteribus dicta est; *l. 4. §. 1. hoc tit.* non proprietate verbi (nam stipulari is dicitur, qui interrogat; alter promittere, spondere: interrogatio autem sine responsione inutilis est) sed propter partium necessariam consequentiam; quia posita una; altera quoque intelligitur: quod etiam in plerisque aliis appellationibus usu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione, &c. Græci Interpretes τεχνικῶς reddiderunt. Harum autem partium quædam sunt communia, veluti ut & qui rogat & qui respondet verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat & intelligat: quędam responsionis propria, veluti ut qui respondet, illico id faciat, ut respondeat convenienter interrogationi. Sed de his postea explicatiùs.

Dari fierive] His verbis indicatur stipulationum materia, nimirum non solùm res in stipulationem deduci, sed etiam facta: unde stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, *l. g. 2. pro hoc tit. §. ult. inf. eod.*

Duæ proficiscuntur actiones] Justinianus hoc passim & rectè observat, ut ad notitiam cujusq; contractus & obligationis etiam actiones adjungat, quibus id, quod ex obligatione debetur, si sponte debitor non solvat, ab invito obtinere liceat. Præter duas illas actiones, quas hic Justinianus commemorat, quasque ait proficisci ex stipulatione, datur & condictio triticiaria: quippe quæ: si causam excipias pecuniæ numeratæ, generalis est, *l. 1. de cond. tritic.*

Condictio certi] Hæc communem naturam habet cum ea, quæ competit ex mutuo cæterisque obligationibus, ex quibus certum petitur, *l. 9. l. si quis 24. de reb. cred.* dixi plura *sub pr. tit. præced.*

Si certa sit stipulatio] Certa stipulatio hic non intelligitur ea, quam certò interpositam esse constat, incerta, de qua ambigitur: sed certa & incerta dicitur ratione rei in stipulationem deductæ, quæ res certa sit, id est, si appareat ex pronun-

nunciatione, quid, quale, quantumque sit in stipulatione, stipulatio dicitur certa, ubi autem hoc non apparet, incerta, *l. stipulationum 74. & l. seq. hoc tit.*

2 *Ex stipulatu*] Hoc verbum non significat causam generantem: nam & condictio certi ex stipulatione nascitur, quod hic expressum est, & res ipsa loquitur. Atque in genere etiam qui rem certam ex stipulatu debitam petit, recte & naturaliter dicitur ex stipulatu agere, *l. inter 83. §. si rem 6. hoc tit. l. quod si 41. pro soc. l. 14. C. de pact. l. prædia 28. de act. empt.* sed denotat materiam, & est nomen actionis specialis. Unde explicandum quod tradit Ulpian. *d. l. 24. de reb. cred.* Eum, qui certum stipulatus est, ex stipulatu actionem non habere, sed condictione certi id persequi debere, nimirum: Non habere eum actionem, quæ in specie & ἀγχινοίᾳ ex stipulatu dicitur, & est actio ex stipulatu incerti, *l. 4. pr. de usur.*

Si incerta sit] Sed, inquis, an non incertitudo stipulationem vitiat? Sanè aliquando. Interest enim, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut si quis fundum stipuletur non adjecto nomine, vinum aut triticum sine designatione mensuræ, insulam ædificari non demonstrato loco: an ea certis finibus natura circumscripta sit, ut homo, equus, bos: illuc stipulatio non consistit, *l. triticum 94. cum seq. l. ita stipulatus 115. in pr. hoc tit.* hic contra, *vid. sup. §. si generaliter 22. de legat.*

3 *Quod stipulum apud Veteres firmum.*] Eamdem hujus nominis rationem reddit & Paulus *5. sent. 7.* quam & DD. Hotomannus probat, verissimam censet doctissimus Salmasius *lib. de usur. c. 6.* Varro autem lib. 4. de lingua, cui ferè & Festus consentit, à *stipe* deducit. *Stipem* autem à *stipando* dictum scribit, eò quòd Veteres, cùm ære gravi uterentur, acceptum majorem assium numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant. Aliam hujus verbi etymologiam apud Isidorum *lib. 3. c. 24.* reperio, ubi scribit, Stipulationem nomen invenisse à *stipula*; *Veteres enim*, inquit, *quando sibi promittebant aliquid, stipulam tenentes frangebant; quam iterum jungentes, agnoscebant sponsiones suas*: quod unde sumpserit, nescio.

Forte à stipite) Stipes est fustis validus terræ defixus, teste Festo. Durior autem videtur hæc notatio, & falsam esse arguit syllabæ quantitas, in uno brevis, in altero longa. D. Hotomannus legendum putat à στιπτός, id est, denso & spisso. Sed nihil muto, cùm Theophilus legat ἀπὸ τοῦ στελέχους, à *stipite*. Probabilius est, stipulum dictum ex Græco στυφελὸν & στυφλὸν, quod Grammatici exponunt στερεὸν, sive στιφρὸν, *firmum, solidum*, *D. Salmas. d. loc.*

TEXTUS.

De verbis stipulationum.

1. *In hac olim talia verba tradita fuerunt*; Spondes? Spondeo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo, Facies? Faciam. *Utrùm autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellectum ejus linguæ habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quin etiam duo Græci Latina lingua contrahere obligationem possunt. Sed hæc solemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leonina Constitutio lata est, quæ solemnitate verborum sublata, sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solùm desiderat, quibuscumque tamdem verbis expressum est.*

NOTÆ.

Utrùm latina, an græca] *leg. 1. §. ult. eod.* & sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod de acceptilatione traditur, *l. 8. §. ultim. de accept.*

Hæc solemnia verba] Quæ etiam directa, *l. 10. C. de contr. stip.* civilia & legitima, quibus opponuntur vulgaria, *L. 16. de fideic. lib.*

Quibuscumque tamdem verbis] Leo verborum solemnes formulas in stipulationibus sustulit, & quorumvis verborum opportunitatem admisit, *d. leg. 10.* Illa autem ad vim stipulationis adhuc requiruntur, ut fiat utroque loquente, ac proinde verba ex utraque parte interveniant, ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque sine notabili intervallo, & animo ac proposito contrahendæ verborum obligationis, *leg. 1. pr. §. 1. & 2. l. 83. §. 1. l. 137. hoc tit. l. 12. de duob. reis l. 7. 12. de pact.* Manet etiam nunc in vi obligandi notissima pacti & stipulationis differentia.

COMMENTARIUS.

1 *Ad substantiam stipulationis quænam adhuc requirantur.*
2 *Consectaria aliquot inde deducta.*
3 *Ut alia lingua quàm Latina stipulatio fieri posset, à Sabino inductum videri.*
4 *Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura ferè confundi.*

Olim non quævis verba vim adstringendæ obligationis habuere, sed ea demum, quæ solemnia erant & directa, atque à Jurisconsultis in hanc rem concepta parataque: quod vel ex sola definitione stipulationis intelligere licet, quæ est apud Pomponium *l. 5. §. 1. hoc tit.* Etsi autem scrupulosa hæc verborū observatio à Leone postea sublata est, *l. 10. C. eod.* illud tamen ad vim atque substantiam stipulationis adhuc requiritur, ut fiat

ut fiat utroque loquente: ac proinde verba ex utraque parte interveniant; ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque fine notabili intervallo, & animo ac proposito contrahendæ verborum obligationis; *l. 1. pr. §. 1. & 2. l. inter. 83. §. 1. l. continuus 137. hoc tit. l. 7. §.*
2 *quod ferè 12. de pact.* Itaque mutus ad verborum obligationem non pertinet; sed neque surdus: qui quamvis ipse loqui potest; alium tamen loquentem audire non potest; *l. 1. §. pen. & ult. de obl. & act. §. mutuum 7. inf. de inut. stip.* Præterea & illud hinc sequitur: stipulationem inter absentes contrahi non posse; sed nec posse in scriptis, licèt partes præsentes sint: quamvis secus sentiat Vvesembecius. Utitur ille arg. *leg. optimam 14. C. hoc tit. & l. non figura 38. de obl. & action.* Verùm neutra id quod vult probat; sed illa hoc tantùm; præsumptionem esse pro instrumento, in quo scriptum est, omnia solemniter esse acta, stipulationemque ritè factam: *l. sciendum 30. hoc tit. §. si scriptum 16. inf. de inut. stip. §. ultim. inf. de fideicomm.* hæc, non minus valere, quod litteris exprimitur, quàm quod verbis nuncupatur. Sed sciendum est: hoc eoties verum esse, quoties verba ad constitutionem actus necessaria non sunt; quemadmodum è converso cum scriptura ad essentiam rei requiritur, verba intervenisse non sufficit; *l. contract. 17. C. de fid. instrum.* Porrò etiam hinc efficitur nec eum obligari, qui fine verbis adnuit, *l. 1. §. 2. hoc tit.* ubi hoc quoque adjicitur; Adnuentem tantùm nec naturaliter obligari. Sed hoc referendum est ad rationem juris civilis, quo jure propter defectum substantiæ obligationis ne quidem pro naturaliter obligato habeatur, qui adnuit tantùm: nam dubitandum non est, quin si quis interroganti seriò adnuat, aut per litteras respondeat: is jure naturæ obligetur. De congruentia interrogationis & responsionis dicemus sub §. *præterea 5. infra de inut. stip.* Postremò actus stipulantis & promittentis etiamnum continuus esse debet; *l. continuus 137. princip. hoc tit.* Cæterum non omne intervallum excluditur, sed longiusculum; ut verisimile sit, ad alia negotia discessum esse, animumque contrahendi depositum: *d. l. continuus hoc tit. l. 12. princ. de duob. reis*, quo loco pro verbo *Prolatus* (ut hoc obiter moneam) mihi dubium non est, quin legendum sit *Proculus*. His ita concurrentibus, stipulationem contractam esse intelligimus: nisi ex circumstantiis, aut iis, quæ acta sunt, probetur, non stipulandi, sed paciscendi animum partes habuisse; *l. 7. §. quod ferè 12. de pact.*

Talia verba tradita] Neque aliis verbis stipulatio contrahi poterat. Itaque si quis, verbi causa, ita interrogasset: *Centum dare polliceris? Curabis hoc fieri?* respondente altero: *Polliceor*, aut *Curabo*; non contrahebatur verborum obligatio. Quin tanta erat olim in verbis stipulationum scrupulositas, ut etiam dubitatum sit, an valeret hæc conceptio: *Dabis? Quidni? l. 1. §. 2. hoc tit.*

Latina an Græca lingua] Certum est, Romanos in omnibus actibus civilibus, qualis etiam est stipulatio, solemnibus formulis ac verbis ut tum dicebantur legitimis usos fuisse; ac proindè non nisi Latinis. Sed cùm stipulationis magnus esset usus, & plerumque aliis conventionibus, quæ quacumque lingua fieri solitæ erant, hæc annecteretur; propter utilitatem receptum fuit, ut & ipsa quoque quacumque lingua fieri posset: videturque primus Sabinus hoc induxisse, ut Græca lingua posset stipulatio concipi: postea verò sensim ad aliam quamvis linguam idem jus productum; *l. 1. §. ultim. hoc tit.* Sic stipulatio usu facta est juris gentium, quod & de acceptilatione traditur; *l. 8. ultim. de accept.*

Solemnitate verborum sublata] Leo verborum solemnes formulas in stipulationibus sustulit, & quorumvis verborum opportunitatem admisit; 3
l. 10. Cod. hoc tit. Illa tamen, quæ paulò antè memoravimus, post hanc Constitutionem adhuc manserunt, & in vi obligandi, notissima pacti & stipulationis differentia. Mores verò hodierni pactorum & stipulationum jura ferè confunduntur: tam enim ex nudo pacto, modò seriò & deliberatò initum sit, obligatio & actio nunc nascitur, quàm ex stipulatione: sive hoc ex jure Pontificio, ejusve juris interpretatione invaluit; sive ex eo, quòd posterioribus sæculis grave visum fuit, etiam in nudis pactis fidem fallere. Itaque cùm hodie stipulationis non major vis sit, quàm cujuslibet pacti; nulla ampliùs est stipulationis 4
necessitas, nec minùs pacto, quàm stipulatione & fidejussores constitui, & novatio fieri, & usuræ promitti poterunt. Verbo tamen stipulandi plerumque adhuc utimur; vid. Gomez. *2. res. 9. num. 3. & 11. num. 3.* Gudelin. *lib. 3. de jur. nov. c. 5. Christin. vol. 2. dec. 91. Grot. 3. manuduct. 1. D. Tuld. comm. hic cap. 2.*

TEXTUS.

Quibus modis stipulatio fit. De stipulatione pura vel in diem.

2. *Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit. Purè: veluti?* Quinque aureos dare spondes? *Idque non statim peti potest. In diem, cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit; veluti:* Decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? *Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur; sed peti prius, quàm dies venerit non potest: ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest; quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet: neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquàm is dies prætererit.*

NOTÆ.

Confestim peti potest] *L. 41. §. 1. l. 56. §. 4. hoc tit. l. 14. de reg. jur.* quia puræ stipulationis, id est, cui nec conditio, nec dies vel tacitè insit, dies statim & cedit & venit; *l. 213. de verb. sign.* Ex humanitate tamen dilatio aliqua indulgenda; *l. 105. de solut.*

Statim debetur] *L. 38. §. 16. l. 46. hoc tit. l. 213. de verb. sign.* & ideò solutum quamvis per errorem repeti non potest; *l. 10. de cond. ind.* Alia hujus præsentis obligationis effecta habes; *l. 1. & 5. de novat. l. 3. §. ult. l. 4 de pec. const.*

Peti prius, &c. non potest] *L. 44. §. de obl. & act. l. 42. h. t. l. 9. in fin. pr. de reb. cred. l. 213. de verb. sign.* quò respiciens Ulpian. *l. 41. §. 1. h. t.* ait: Diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur; id est; ne debeatur plenè & efficaciter non ita, ut & peti possit.

Arbitrio solventis] Quoniam adjectio dici pro reo est; *d. l. 41. §. 1.* cui ob id liberum etiam ante diem solvere, & vel invito creditore; *leg. 50. de obl. & act. l. 70. de solut. l. 38. §. 16. hoc tit.* nisi fortè dies creditoris gratia adjectus; *l. 17. de reg. jur. ut in l. 15. de ann. leg. l. 17. §. 3. de usur.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex pura stipulatione quod statim agi posse dicitur quomodo accipiendum, & expositus §. ult. inf. de inutil. stip.*
2 *Dies incertus quando conditionem facit: & quid hic intersit inter legata & stipulationem.*
3 *Quid si apponatur dies finiendæ obligationis causa?*
4 *Effectus obligationis in diem: & num quod in diem debetur ante diem rectè offeratur creditori, licèt accipere recusanti.*
5 *Utrùm ante diem prorsus nulla sit actio, an statim unà cum obligatione ipso jure actio nascatur: sed quæ intentata exceptione temporali removenda sit.*
6 *Explicatio l. 73. de verb. obl.*
7 *Formulæ quædam ejusdem efficaciæ, & aliæ notatu dignæ.*

DIvisio stipulationis à diverso contrahendi modo; quæ tamen non magis ad stipulationem pertinet, quàm ad conventiones cæteras: nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat, vel purè, vel in diem, vel sub conditione. Quamquam in deposito dies aut conditio adjecta nihil operetur; *l. 1. §. si depositum 45. & §. seq. depos.*

Idque confestim peti potest] Puræ stipulationis dies (ita nostri loquuntur) statim & cedit & venit; *l. cedere 213. de verb. sign.* hoc est: id quod purè promissum est, confestim & debetur, & peti potest; *l. cum qui 41. §. 1. l. eum qui 56. § quæ certa 4. l. liber homo 118. §. h. t. l. 14. de reg. jur.* Idque efficit certa juris ratio: quippè posita pura nec impedita obligatione; actionem poni necesse est: fatendumque, jus exigendi competere *d. l. cedere, d. l. liber homo §. 1.* Puram autem stipulationem ex re accipimus, non ex solis verbis; eamque intelligimus, cui nec conditio nec dies vel tacitè insit. alioqui pura stipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura est; cum tamen re dilationem habeat, & tempus tacitè complectatur: quæ huc non pertinet; *l. interdum 73. hoc tit.* Non obstat definitioni propositæ quod scriptum est in *§. ult. inf. de inut. stip. Eum, qui fundum aut hominem stipulatus est, non posse continuò agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.* Hoc enim non ad jus petendi, sed ad ejus quod petitur solutionem, & executionem obligationis, referendum est; ut non continuò urgeatur & compellatur debitor ad traditionem aut solutionem faciendam: sed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis spatium, intra quod traditio commodè fieri, pecunia confici, & solutio expediri queat. Licèt enim difficultas præstandi non moretur actionem; *l. continuus 137. §. illud 4. hoc tit.* atque adeò qui decem hodie dari stipulatus est, ex ratione juris non præmaturè agat, ac proinde nec in pœnam plus petitionis incidat, etiamsi nondum finito stipulationis die petat; *d. l. liber. homo §. 1. eod.* quia tamen spatium aliquod inter contractam obligationem & solutionis exactionem intercedere æquum est, atque incivile statim cum sacco venire creditorem; *arg. l. quod dicimus 105. de solut.* placet: debitori confitenti debitum, & parato solvere, modicum tempus ad solvendam pecuniam dari; nimirum id, quod reis post condemnationem indultum est, ne deteriore conditione sit, qui ultrò debitum agnoscit, quàm qui negat & convictus condemnatur; *l. judicatum 16 jud. solv. junct. l. si debitori 21. de judic. Don. ad l. 41. §. 1. hoc tit. n. 34. & seqq.* Cæterùm DD. vulgò id judicem pro re nata, proque personarum & causæ qualitate, definire & moderari oportere statuunt; *arg. l. in fraudem 45. §. fiscalibus 10. de jur. fisc.* Et sanè nec præcisè tempus judicati servare Magistratus cogitur; *l. 2. de re judic.* sed ex causa id vel arctare vel prorogare potest; *vid. Menoch. de arbit. 2. cent. 1. cas. 27.* Dura autem nimis est Cujac. in *d. l. 41* & Timæi Fabri *disp. annu. 23.* sententia, qui nullum laxamentum concedunt.

Cum adjectio die] Stipulatio in diem est, quæ fit adjecto die, quo pecunia solvatur. Diem hic certum accipere debemus, quoniam incertus conditionem facit, utique quoties incertum est an extiturus sit; veluti in hac conceptione *Dabis, cùm Titius uxorem duxerit*: aut *Cum Titius pubes factus erit? l. si dies 21. & l. seq. quand. dies leg.* Nam si illud dumtaxat incertum, quando sit extiturum; certum autem, extiturum esse; veluti si quis ita stipulatus fuerit: *Dabis, cum moriar*, aut *Cum morieris*? hujusmodi diem pro conditione non haberi, argumento est: quòd soluta ante diem mortis pecunia repeti non potest; *l. 16. cum 2. seq. de cond. ind.* Equidem scio, in legatis hanc distinctionem observari: ut si ita legetur,

He-

Hæres meus cum morietur, decem dato; id legatum quasi incerto die adscripto pro conditionali habeatur, ac proinde ad hæredem legatarii vivo hærede defuncti non transeat. Sin verò ita: *Cum ipse legatarius morietur*; hoc quasi post certum diem relictum transmittatur; *l. 1. §. 2. l. hæres 79. de cond. & dem. l. 4. quand. dies leg.* Sed non est talis legati: *Hæres meus cum morietur, Titio decem dato*; & stipulationis hujusmodi; *Cum morieris decem dare spondes?* eadem ratio. In legato adjectio illa, *Cum hæres morietur*, conditionem ideò facit, quia per eam vis legati in incertum eventum suspenditur: quippè quod præmoriente legatario effectum sortiri non potest. In stipulatione verò hæc adjectio, *Cum morieris*, nullam incertitudinem parit; nam etsi ante promissorem stipulator decesserit; hæredi tamen ejus debetur; *§. 4. inf. eodem.* Unum etiam genus diei planè incerti contractum conditionalem non facit, nempè in hac oratione: *Cùm petitro, dare spondes?*
3 quod ex proposito contrahentium intellectū est: quorum procul dubio in hujusmodi adjectione hæc cogitatio est, ut statim & sine mora, ubi petitum erit, solvatur; non ut obligatio differatur in casum: ideòque si decessero priùs, quàm petiero; non videtur defecisse conditio: *l. si decem 48. h. t.* Sed nec dies certus adjectus simpliciter conventionem in diem facit; verùm ita demum si adjectus sit solutionis & actionis differendæ causa, atque ut terminus à quo. Quòd si apponatur dies ut terminus ad quem, id est, finiendæ obligationis causa; puta hoc modo: *Usque ad Calendas dare spondes?* aut: *Quo ad vivam, dare spondes?* purè contracta obligatio intelligitur; cæterum petenti post Calendas, aut hæredi petenti obstabit exceptio pacti aut doli mali; *l. obligationum 44. §. 1. de obl. & act. leg. eum qui 56. §. qui ita 4. h. t.* vide quæ *sub §. seq.* Porrò dies vel apertè adjicitur, ut formulis usitatis, *Calendis Martiis, Proximis nundinis, Post biennium*: vel tacitè stipulationi verbis alioqui puræ inest propter vel loci adjectionem vel qualitatem rei promissæ; ut in stipulatione operis faciendi, fructuum nasciturorum; *l. 114. l. continuus 137. §. 2. & 3. hoc tit. §. loca inf. eod.*

Statim quidem debetur] *L. stipulatio 38. §. inter 16. l. centesimis 46. hoc tit. l. cedere 213. de verb. sign.*
4 Atque hujus præsentis obligationis intuitu hujusmodi stipulatio pura interdum dicitur, ut & ejusdem generis legatum: oppositivè nimirum ad stipulationes & legata conditionalia; *l. 9. §. 1. de novat. l. 76. de cond. & demonst.* Quid ergo est quod Ulpianus in *l. eum qui 41. §. 1. hoc tit.* ait: *Diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur?* Nimirum verbum debēdi cum effectu eo loco Jurisconsultus accepit; ut sit sensus: diem adjectum efficere, ut ante diem non debeatur plenè & efficaciter; non ita, ut & peti possit: quod locus ipse satis evincit. Non negat igitur Jurisconsultus, diem stipulationis cessisse; quod pugnaret cum manifesta ratione juris: sed venisse negat. Etsi autem diei adjecti hæc vis est, ut ante diem agi non possit; alia tamen præsentis obligationis effecta sunt. Stipulatori hæc commoda affert: Ut id debitum solutum ante diem quamvis per errorem repeti non possit; *l. 10. de cond. ind.* Ut possit novari & constitui, atque ita possit, ut etiam ante diē obligationis principalis peti possit; *l. 1. & 5. de novat. l. 2. § ult. & leg. seq. de pec. const.* In debitore hoc efficit: Ut & ante diem vel invito creditore rectè solvat; *l. quod quis 50. de obl. & act. l. quod certa 70. de solut. l. stipulatio 38. §. inter 6. l. continuus 137. §. 2. hoc tit.* quod interpretandum ex *l. 9. Cod. de solut.* Nam cùm diei adjectio pro reo sit, non pro stipulatore; *dict. leg. 41. §. 1. eod.* medium tempus reo liberum esse debet ad solutionem: quæ etiam ratio redditur in *dict. l. stipulatio, & dict. l. quod certa.* Et verò quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare? *per vulg.* Et miror, adeò Cujacium in re tam aperta dissensisse, atque eò magis, quod sententiæ suæ firmamentum petit ex *l. item 18. de pec. constit.* qui locus etsi solus esset, illum jugularet. Nihil sententiam Cujac. juvat *l. si soluturus 39. de solut.* Numquam enim obtinebitur, importunum tempus esse id, quod diem adjectum antecedit. Posteà comperi, & Guillel. Nasium dissentire; *lib. 1. sing. opin. cap. 4.* cujus argumentis vel una hac responsione occurri potest; nempè: Quod cuique jure facere licet, id ei licere etiam altero invito. Planè si apparet, diem adjectum esse etiam creditoris gratia, aliud dicendum est; veluti si quid certo loco dari promissum fuerit; *l. 2. quod cert. loc. l. qui Romæ 122. pr. hoc tit. facit l. 15. de ann. legat. l. 17. de reg. jur. Don. in d. l. 41. §. 1. nu. 47. & seq. D. Tulden. comm. hic cap. 12.*

Peti priùs, quàm dies venerit] Quod in diem debetur, sive ex stipulatione sive ex alia causa, id ante diem peti, eo nomine agi debitoremve conveniri antequam dies venerit non posse, innumeris locis proditum est; *l. certi 9. in fin. pr. de reb. cred. l. quotiens 21. de oper. libert. l. 7. & 14. quib. ex ca. in poss. l. cedere 213. de verb. sign. l. obligationum 44. §. 1. de obl. & act. l. 14. l. qui hoc anno 41. l. interdum 73. l. existimo 98. §. 1. hoc tit. cum simil.* Atque hactenus quidem Interp. omnes conveniunt, quòd etsi dies adjectus non impedit, quominùs obligatio statim oriatur; tamen efficiat, quominùs statim agi possit. Cæterum non levis quæstio est agitata Citramontanos inter & 5
Ultramontanos; ut apparet ex Cyno & Saliceto in *l. un. C. ut act. ab hæred.* circa explicationem horum verborum, *Agi, Peti non posse*: Utrùm scilicet ea sic accipienda sint, ut nulla prorsus ante diem actio esse intelligatur; an verò sic ut ipso quidem jure unà cum obligatione protinus nascatur actio, sed quæ ante diem cum effectu intentari nequeat, eaque intentata, exceptione temporis & plus petitionis submoveatur. Ego in hac quæstione posteriorem sententiam, quæ Citramontanorum fuit, probandam censeo cum Salic. in *d. l. un. & Gomez. 1. res. 11. n. 21.* Enim posita causa obligationis proxima, præsenti videlicet

obligatione, non potest non poni actio. Sed sunt alia hujus rei argumenta. Agenti ante diem dicitur obstare exceptio; §. *temporales* 10. *inf. de except.* At exceptio necessariò præsupponit actionem. Qui ante diem agit, *præmaturè*, *malè*, & *perperam* agere dicitur; *l. un. in fin. quand. dies us. leg. ced. l. liber homo* 118. §. 1. *h. t. seq.* 2. §. *qui ita* 6. *de eo quod cert. loc. & tempore plus petere*, §. *si quis* 33. *inf. de act.* Qui autem nullam omninò actionem habet, si quid moverit, is non *malè agere*, sed *inutiliter*; *l. bovem* 43. §. *pen. de ædil. edict.* nec *plus petere*, sed *nihil facere* dicitur: *d. l. un. in fin.* Ad hæc effectu nihil interesse, utrùm stipulationi purè factæ dies posteà adjiciatur, an ab initio adjecto die stipulatio fiat: elatè arguit *d.* §. *temporales inf. de except.* & frigidè contra disputat Don. ad *l.* 41. §. 1. *n.* 41. & 2. *seq.* Denique si dies finientes obligationis causa, atque, ut loquuntur, adjectus per modum termini ad quem adveniens obligationem ;& actionem ipso jure non tollit: sed hoc tantùm efficit, ut per exceptionem actio elidatur; etiam adjectus differendæ obligationis & actionis causa atque ut terminus à quo efficere non poterit, ne statim obligatio & actio nascatur: sed hoc tantùm, ut mota ante diem actio exceptione temporali excludatur. Non obstat quod ajunt: Contractus & obligationes pendere à voluntate contrahentium; *l.* 5. *C. de obl. & act.* Actus agentium non operari ultra eorum intentionem; *l. non omnis* 19. *de reb. cred.* ut proinde cùm debitoris intentio non sit, ut ante diem obligetur, nec creditoris ut obliget; dicendum videatur: nec ante diem adjectum obligationem & actionem nasci. Nam voluntate contrahentium ratio juris publici mutari non potest, quo placuit, certis modis obligationem constitui & finiri, inter quos non est tempus *l. obligationum* 44. §. 1. *de obl. & act.* Deinde non hoc in proposito agunt contrahentes, ne statim nascatur obligatio; sed ut differatur obligationis executio
6 D. Bachov. hic. Magis obstat *l. interdum* 73. *h. t.* ubi Jurisconsultus, propositis aliquot speciebus stipulationum, quæ ex re ipsa dilationem capiunt; subjicit: *Tunc actionem incipere*, &c. Et mox: *Non ante cedere die*, &c. An dicimus; aliud juris esse, cum dies tacitè inest; aliud cum apertè adjicitur? An potiùs exemplorum omnium, quæ in *d. l.* 73. confusim proponuntur, non unam eamdemque esse rationem? Sanè enim etsi stipulationes illic propositæ in eo omnes conveniunt quòd dilationem habeant; non eamdem tamen habent omnes sed aliæ ex tacita conditione; ut stipulatio operarum: aliæ ex conditione & die simul ut stipulatio fructuum futurorum: aliæ ex die dumtaxat; ut quod certo loco dari promissum est: secundùm quæ nisi prædicta illa, *Actionem incipere*, *Diem cedere*, commodè explicentur; in certissima juris principia impingatur necesse est. Sic ergo sentio: ex stipulatione in diem concepta statim & obligationem nasci & simul actionem quoad habitum & actum primum; sed diem adjectum impedire seu suspendere actum secundum id est, exercitum actionis & operationem. Breviter. Ipso jure etiam actionem competere; sed quæ intentata ante diem stipulatione comprehensum exceptione repelli possit. Quid intersit, actio ipso jure non competat, an quæ competit per exceptionem removeatur; dicemus *inf. sub tit. de except.*

Ne eo quidem ipso die] Apparet igitur, in hoc genere dici debere, diem venisse; non cum dies stipulatione comprehensus venit; sed cum is dies venit, qui illum sequitur. Est enim is, quo primùm pecunia peti potest: non is, in quem stipulatio collata; *l. cedere diem* 213. *de verb. sign.*

Tota arbitrio solventis] Tempus adjectum pro reo, non pro stipulatore est; *l.* 41. §. 1. *h. t. l.* 17. *de reg. jur.* ideòque nisi partes adjecti temporis omnes præterierint, stipulator non rectè agit: ut puta, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, is non rectè petit, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis; *l. qui hoc* 42. *hoc tit.* §. *ult. infr. de inut. stip.* Planè si quis ita stipuletur: *Hodie dare spondes*: puram esse hanc stipulationem Papinianus respondit: neque enim in proposito diem differẽdæ actionis insertum videri; sed quo præsens ostendatur esse responsum *l. liber homo* 118. §. 1. *eod.* Sive autem hac formula
concepta sit stipulatio: *Proximis Calendis Mar-* 7
tii; hoc biennio, proximis nundinis, dare spondes? sive ita: *Ante Calendas, ante biennium, ante nundinas?* sive denique hoc modo, *Post Calendas, post biennium, post nundinas*; non priùs rectè peti potest, quàm Calendæ, biennium, nundinæ præterierint; ut promissio semper in tempus finitum, non cœptum referatur; *l.* 13. *l.* 41. *cum leg. seq. l. eum qui* 56. §. *qui ita* 5. *l.* 138. *eod.* In diversis temporibus longissimum sequemur, sicut in summis sequimur minimum; *l.* 12. *eod.* Quòd si simpliciter hoc modo: *Calendis Ianuarii dabis?* nisi primas accipimus; inutilis futura est stipulatio; *d. l.* 41. *in pr.* Qui certam summam in tribus terminis se soluturum promisit; in ea causa à DD. habetur, ac si annua bima trima die promisisset, id est, ut universa summa in tres pensiones annuas dividatur. Sed rectè prudentissimus D. Tuldenus hoc ita demum probandum ait: si per relationem aut saltem ex consuetudine hoc actum appareat; alioqui judicem tempus arbitraturum, habita ratione summæ & personæ promissoris.

TEXTUS.

De die adjecto perimendæ obligationis causa.

3. *At si ita stipuleris*; Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? *& purè facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi; sed hæres petendo pacti exceptione submovebitur.*

No-

NOTÆ.

3. *Decem annuos*] Sive in singulos annos, aut quotannis. Quæ adjectio fieri intelligitur non differendi, sed multiplicandi causa. Eo autem omisso; confestim quidem adhuc decem peti possunt, sed semel tantùm; *l. 56. §. 4. h. t.*

Quoad vivam] Quid si hoc omissum? Tum effectus obligationis etiam post mortem durabit; *l. 16. §. 1. eod.* Legati autem annui ratio nonnihil diversa, *d. l. 16. §. 1. l. 4. l. 11. de ann. leg. l. 10. quand. dies leg.*

Quia ad tempus] Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi desinit, puta solutione; acceptilatione; novatione, &c. nihil autem horum est tempus; *l. 44. §. 1. de obl. & act.*

Pacti exceptione] Vel doli mali propter illa verba *Quoad vivam*, quæ finiendæ obligationi adjecta; *d. l. 56. §. 4. d. l. 44. §. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid juris, si quis stipuletur decem quoad vivet, non addito annua.*

2 *Quid si decem in singulos annos, omisso quoad vivet.*

3 *Quid, cum obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur.*

4 *Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos à simili legato. Et qui istius differentiæ effectus.*

5 *Quid juris in casu hic proposito.*

Agitur hic de efficientia diei stipulationi adjecti in modum termini ad quem, id est, perimendæ obligationis causa; doceturque, ea conventione non fieri, ut aut ab initio suspendatur obligatio, aut posteà tempore ipso jure finiatur; cæterum stipulatorem post tempus petentem pacti conventi exceptione summoveri. Affertur pro exemplo casus, quo quis annuum quid stipulatur, quoad vivet. Nos verò, ut res planior fiat, tres casus distinguemus. Primus hic sit: Si quis stipuletur decem *quoad vivet*, non addito, *annua* aut *in singulos annos*. In hac specie responsum est: decem confestim rectè peti; quemadmodum si quis usque in Calendas dari stipulatus fuerit, etiam ante Calendas petere potest. Sed & obligationem perpetuari; ideòque
1 & hæredem illius & hunc post Calendas petere posse: cæterum petentes exceptione pacti conventi aut doli mali submoveri; *l. eum qui 56. §. qui ita hoc tit. l. 44. §. 1. de obl. & act.* Utrùm autem qui decem quoad stipulator vivet dare spopondit, intelligatur decem semel quod Duareno in *d. l. 56.* placet: an decem annua promisisse; quod Donello ibid. & D. Tuldeno in *comm. hic cap. 11.* & ego quoque veriùs puto, (certè usui loquendi hodierno magis convenit) ad id de quo nunc quæritur, id est, an statim ex ea stipulatione agi possit, & semel constituta perpetuetur; nihil interest. Alter casus hic esto: Si ita stipulatio concepta sit; *Decem in singulos annos dabis*, omissis his verbis, *quod vivam*.
2 Hic illud primum tenendum est: effectu nihil interesse, utrùm quis decem in singulos annos, an decem annua, an decem quotannis, aut singulis annis stipuletur, uti nec in legato annuo refert, quibus ex his verbis utare; *l. 8. §. si in singulos 23. de transf. & l. 12. §. novissimè quand. dies l.* Deinde in hac stipulatione adjectionem annorum non efficere, quò minùs statim nascatur obligatio & actio, *arg. hujus §. 1. fac. l. 10. quand. dies leg. l. eum qui 56. §. 4. h. t.* ac proinde initio cujusque anni decem tamquam purè promissa rectè peti. Ratio est: quia annorum adjectio non differendi, sed multiplicandi causa facta intelligitur, idque ex eo apparet, quòd nisi anni adjecti essent intelligeremus, summam semel tantùm deberi, non sæpiùs. Non idem juris est, cùm quid promittitur hoc anno, hoc biennio, & semel. Quoniam in re, quæ etiam anno non adjecto deberetur, non potest intelligi annus adjectus, nisi obligationis differendæ causa; *l. qui hoc 42. h. t.* Aliud 3
quoque est, cum apertè obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur; veluti si centum à te stipulatus sim, & convenerit inter nos, ut eam divisis trium annorum pensionibus præstares, hic primi anni pensio non nisi finito primo anno peti potest: eademque ratio est sequentium; *l. lect. 40. de reb. cred. l. 3. de ann. leg. l. si cui 49. de leg. 1.* Postremò annuam stipulationem unâ esse & perpetuam, ita ut ad hæredes quoque obligatio transmittatur; *l. 16. §. 1. hoc tit. argum. l. 13. C. eod. Moller. 5. semestr. 48.* quamvis id neget Bart. *arg. l. sancimus 34. §. ult. versic. fin autem, C. de donat.* Nam, ut benè observaverunt Concius & Cujacius, in eo versiculo corruptè legitur, *Vel adjiciatur tempus vitæ*: eo enim modo si legas pugnabit ex diametro is versiculus cum principio §. itaque omninò legendum *Vel non adjiciatur*; ut Græci *lib. 47. Βασιλικῶν*. Multum ergo differt stipulatio in singulos annos à simili legato. Legatum annuum multiplex est; *l. 10. quand. dies leg. l. 11. de ann. leg.* neque infinitum tempus habet, sed morte legatarii finitur; *l. 4. d. tit. l. 16. §. 1. h. t.* Sic enim jus est: cùm annuum aut in annos singulos legatur; ut primi quidem anni jam cœpti legatum purum habeatur, & defuncto post mortem testatoris legatario, ad hæredem ejus legatum illius anni transeat: sequentium verò annorum legata conditionalia existimentur; iisque inesse videatur hæc conditio: Si legatarius vivet, ejusque tantùm anni legatum transmittatur, quo legatarius vixit, *l. 4. & 8. de ann. leg.* Unde etiam illud est, quod per singula legata excutitur: persona legatarii an jus capiendi habeat; *l. 11. d. tit.* Diversa omnia in stipulatione annua. Hæc una 4
est; *l. 16. §. 1. hoc tit.* ut tamen sit plurium pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum; *l. si à colono 58. de fidejuss.* Hinc fit, ut conditio stipulatoris semel tantùm & initio contractus inspiciatur; *l. senatus 35. §. ult. de mort. ca. don. l. si filiusfam. 78. hoc tit.* Cujus differentiæ hic effectus: ut si verbi causa servus, cui an-

nuum legatum est, primo aut altero anno post mortem testatoris consequatur libertatem sequentium annorum legata sibi acquirat; *l.* 12. §. 1. *quand. dies leg.* quod secus esse dicemus in annua stipulatione; *d. l. si filiusfam. & d. l. senatus*, §. *ult.* Postremò, ut jam diximus, stipulatio in annos singulos perpetua est, nec morte stipulatoris finitur; *d. l.* 16. §. 1. *hoc tit.* Cur tam variè? Nimirum quia testator in legato annuo, etsi non adjecerit, *Quoad vivet legatarius*; soli tamen legatario consulere voluisse creditur, non hæredi ejus. Præsumptio ex eo: quoniam legata vel ob meritum personæ legatarii, vel ob testatoris erga eum benevolentiam relinqui solent; *l.* 9. *cum seq. pro soc.* quorum neutrum in hæredem legatarii, utpotè quem testator non novit, cadere potest. At in conventionibus pro communi hominum affectu ea mens & cogitatio contrahentium esse putatur, ut qui sibi cavet, etiam hæredibus cautum velle intelligatur, nisi contrarium probetur *l.* 9. *de probat.* Planè si causa obligationis cohæreat personæ stipulatoris: veluti si quid annui in alimenta alicui promissum fuerit, aut si medicus certam summam annuam stipuletur; *l.* 10. §. 1. *de ann. legat.* dicendum est: tali stipulatione perso-
5 nam hæredis non contineri; ideòque si petat, doli mali exceptione posse submoveri. Tertius & nostremus casus sit, qui hic proponitur: Si quis stipuletur, decem annua *quoad vivet* sibi dari. Justin. expressè ait: Hoc casu obligationem purè factam intelligi, atque etiam perpetuari; quoniam ad diem obligatio constitui non potest. Quamobrem quod proprium est puræ obligationis, ex hac stipulatione similiter ut ex superiore confestim seu initio cujusque anni rectè agetur, nec morte stipulatoris finietur obligatio. Cæterum hoc inter hunc & præcedentem casum interest: quòd hic hæredes stipulatoris petentes pacti conventi exceptione repellantur propter verba illa, *Quoad vivam*, quæ definiendæ obligationis causa adjecta esse constat; *l. eum qui* 56. §. 4. *hoc tit. l. obligationum* 44. §. 1. *de obl. & act.* illic obligationis effectus etiam post mortem duret; *l.* 16. §. 1. *hoc tit.*

TEXTUS,

De Conditione.

4. *Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio; ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio. Veluti:* Si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? *Si quis ita stipuletur:* Si in Capitolium non ascendero, dare spondes? *perinde erit, ac si stipulatus esset, cùm moreretur, sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri: eamque ipsam spem in hæredem transmittimus, si prius quàm conditio extet mors nobis contigerit.*

NOTÆ.

4. *Cum in aliquem casum*] Nec interest, conditio fortuita sit, an arbitraria; *l.* 99. §. 1. *l.* 115. §. 1. & 2. *eod.* aut mixta; veluti: *Si Mæviam uxorem duxeris*, *l.* 108. *eod.* Illa autem, quæ in arbitrium rei promittendi apertè confertur, inutilem stipulationem efficit; *l.* 17. *l.* 46. §. *ult. eod. l.* 8. *de obl. & act.*

Perinde ac si cùm moreretur] In eo utraque hæc stipulatio convenit; quod ea neutra antè mortem agi potest; cæterum illa, *Si in Capitolium non adscendero*, conditionalis est, & obligationem differt: altera verò, *cùm moriatur*, in diem, quæ non differt obligationem; *l.* 17. *& seq. de cond. ind.*

In hæredem transmittimus] Ut existente posteà conditione etiam hæres stipulatoris agere possit, *l.* 57. *hoc tit. fac. l.* 8. *de pr. & commod. rei vend.* Non idem est in conditionalibus legatis *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies l.* Cur tam variè? Quia stipulationes etiam conditionales ex præsenti vires accipiunt, quamvis obligatio & petitio in suspenso sit; *l.* 26. *de stip. serv. leg.* 146. §. 1. *de reg. jur.* Legata autem demum cum deberi incipiunt; *d. l.* 4. & 5. *l. un.* §. 7. *C. de cad. toll.* Unde & aliæ differentiæ; de quibus in *l.* 42. *de obl. & act. leg.* 27. *qui & à quib. man. l.* 78. *hoc tit. l.* 18. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit conditio & quotuplex: tum quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciant.*
2 *Etiam promissiones, quibus tacitè conditio inest pro conditionalibus esse.*
3 *In conditionibus arbitrariis quid juris.*
4 *De cautione Muciana, & an ea quoque locum habeat in contractibus.*
5 *Pendente conditione nihil dum deberi, & quæ inde sequentia.*
6 *Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia.*
7 *An id discrimen quoque pertineat ad conditiones arbitrarias.*

HActenus dictum de stipulatione pura, & ea quæ fit in diem; sequitur ea, quæ fit sub
conditione. Conditio, ut alibi quoque definivi- 1
mus, est adjectio, qua id quod dari aut fieri volumus, confertur in aliquem casum; quemmodum etiam hic definitur. Itaque duo hæc conditionem faciunt; dilatio; & casus, sive incertus eventus. Ac proinde quæ adjectiones obligationem non differunt; quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur; §. *pen. inf. eod.* & quas certum est omnimodo extituras esse; veluti si stipuler mihi dari, *si morieris*, *si Calendis Sol orietur*, *l.* 18. *de cond. ind. l. hæres* 79. *de cond. & dem. l.* 9. §. 1. *de novat.* pro conditionibus non sunt habendæ. Enim verò quicquid adjectum rem in incertum eventum differt; id sive arbi-

arbitrarium est, sive fortuitum, sive mixtum ex utroque, stipulationem facit conditionalem; *l. centesimis* 46. §. 2. *l. quicquid* 99. §. 1. *l. à Titio* 108. *l. ita stipulatus* 115. §. 1. *&* 2. *h. t. l.* 2. *l.* 7. *de cond. & dem.* Atq; hinc nata distinctio vulgò recepta. quòd conditiones quædam sint casuales, quæ scilicet à solo casu dependent; veluti, *Si Titius Consul factus fuerit, vel non fuerit.* Quædam potestativæ, quarum impletio in potestate reorum est, ut, *Si Capitolium adscenderis, vel non adscenderis.* Quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ; ut, *Si Mæviam uxorem duxeris.* Duæ omninò conditiones sunt, quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt; conditio impossibilis in faciendum recepta; *l.* 7. *h. tit.* §. *impossibilis, inf. de inut. stip.* & ea, quæ in arbitrium rei promittendi apertè collata est; *l.* 17. *d. l.* 46. §. *ult. d. l.* 108. §. *ult. hoc tit. l.* 8. *de obl. & act. l.* 13. *C. de cont. empt.*

Cum in casum differtur obligatio] Atque ideò, existente demum casu, in quem dilata est, dies hujus obligationis cedit. neque antea quicquam deberi intelligitur, *l. cedere* 213. *de verb. signif.*
2 Differtur autem obligatio in casum non tantùm conditione conventionis expressa; ut in exemplis hic propositis sed etiam intellecta seu tacitè comprehensa. Quod ex rebus ipsis intelligitur. Puta vel ex incerto tempore; veluti si dies incertus stipulationi adjectus fuerit, qui an exiturus sit ignoretur; de quo dictum § 2. vel ex demonstratione rei promissæ in futurum collata: Ut in hac conceptione: *Stichum, qui hoc anno tuus erit, dare spondes? l.* 6. *de legat.* 1. *l. nuper* 85. *de l.* 3. Item in hac: *Quod patrem meum debere constiterit dare spondes? l. qui Romæ* 122. §. *Aggerius* 4. *hoc tit.* Vel ex rei promissæ natura: veluti cum promittitur res, quæ nondum est in rerum natura; utrùm autem futura sit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Cujus generis est promissio fructuum, qui in fundo nascentur; *l. interdum* 73. *h. t.* item promissio dotis, cui inest hæc conditio, Si nuptiæ sequantur; *l.* 21. *de jur. dot.* Itaque has etiam conventiones, & si quæ sunt similes, sciamus conditionales esse.

Committatur stipulatio] Committi stipulatio dicitur existente conditione, sub qua stipulatio facta est, ut jam ex ea agi possit; *l. ita stipulatus* 115. §. 1. *&* 2. *l. qui Romæ* 122. §. *Aggerius* 4. *hoc tit.*

Si in Capitolium non adscendero] Jurisconsulti, cum de conditionibus tractant, creberrimè his exemplis utuntur: *Si in Capitolium adscenderis*; aut: *Si in Capitolium non adscenderis.* Quod ex consuetudine Romanorum fluxit, quia precaturi aut sacra facturi unà cum Pontifice in sacram arcem scandebant. Horat. 3. *carm. ad Melpomenen.*

Non omnis moriar, multaque pars mei
Vitabit Libitinam. Usque ego postera
Crescam laude recens, dum Capitolium
Scandet cum tacita virgine pontifex.

Tacit. *lib.* 14. *Exin Capitolium scandunt, Deosque tandem venerantur.* Plin. *in paneg. Tibi adscendenti de more Capitolium civium clamor, ut jam Principi occurrit.* Plura hujusmodi in Veterum scriptis observavit *D. Duar.* 1. *disp.* 15.

Ac si stipulatus, cùm moreretur] In conditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo sunt conceptæ, expectatur, donec certum atque exploratum sit, fieri ampliùs non posse. Ut ecce, si hoc modo stipulatus fuero: *Si intra biennium Capitolium non adscenderis, dari spondes?* non nisi præterito biennio rectè petant; *l. quicquid* 99. §. 1. *hoc tit.* Idem est, si conditio in dando posita sit, dummodò stipulatio à conditione incipiat; ve- 3
luti si sit ita cautum: *Si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* nam & hic responsum est: Non ante committi stipulationem, quàm si Pamphilus desiisset posse dari; *l. ita stipulatus* 115. §. 2. *sed.* Dixi, Si stipulatio dandi à conditione cœpit: nam si non à conditione, sed ab alia pactione cœperit, veluti si ita fuerit concepta: *Pamphilum dari spondes? Si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes*, committitur stipulatio simul ac debitor interpellatus facere potuit, neque fecit *d. l.* 115. §. 2. His consequens est, si simpliciter sic fuerit concepta stipulatio: *Dabis, si Capitolium non adscenderis*, post mortem demum rei promittendi stipulationem committi; quandoquidem tum demum certum esse cœpit, in Capitolium eum adscendere non posse; *d. l.* 115. §. 1. Quòd si conditio non faciendi in personam rei stipulandi 4
collata fuerit; ut in exemplo hic proposito; illius mors expectanda erit. Et itaque illo casu hæres promissoris demum conveniri poterit; hoc demum agere hæres stipulatoris. In legatis sub conditione non faciendi collata in potestatem legatarii aliud servatur; placetque desiderante legatario, statim repræsentari legatum; dum is caveat nihil se ejus facturum, quod testator fieri noluit: si contra fecerit, rem unà cum fructibus restituturum: quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa & composita est, Muciana dicta; *l.* 7. *l.* 18. *l. hæres* 79. §. 2. *de cond. & dem.* Quæ verò ratio est, quòd hæc cautio in legatis & hæreditatibus admissa, in contractibus non item? Nimirum quia voluntati testatoris satis fieri intelligitur, modò ne peccetur contra conditionem, quod solùm testator creditur spectasse. In stipulationibus autem sine injuria promissoris admitti non potuit. Nam qui promittit sub hujusmodi conditione, *Si in Capitolium non adscendero*; satis apertè hoc agit, ut ne ipse umquam conveniatur, sed demum ipsius hæres: & eadem conditione in persona stipulatoris collata, ne stipulator umquam petere possit, sed illo mortuo, hæres ejus: & alias quoque in ambiguo secundùm promissorem interpretatio fit & stipulatori imputatur, quòd non apertiùs stipulationem conceperit; *l. quicquid* 99. *h. t.* Aliam rationem reddit Ant. Fab. 2. *conj.* 16. quòd nisi hæc cautio inventa esset, legata sub conditione non faciendi intercidere nt: quam & olim Porcius attulit, & solidiorem esse nonnulli existimant. Sed hæc ratio in hæreditatibus valere potest; in le-

gatis falsa est: quippè cùm ut in hæredem legatum transferatur sufficiat, moriente legatario diem legati cedere; *l. ult. de cond. inst. Gomez. 2. resf. 11. n. 37. Cujac. 14. obs. 22.*

Ac si cùm morerer] Hoc magna indiget cautione. Nam similitudo harum cautionum, *Si Capitolium non adscendero, dare spondes? & Dabis, cùm moriar?* in eo dumtaxat consistit, quòd ex neutra cum promissore agi potest ante mortem stipulatoris: cætera sunt dissimilia. Quippè prior illa conditionalis est non actionem tantùm sed etiam obligationem differens: altera in diem ex qua licèt ante diem non rectè agatur, præsens tamen obligatio est; *l. nam si 17. cum l. seqq. de cond. ind.*

5 *Tantùm spes est debitum iri*] Vis conditionis omnis hæc est: ut pendente ea; nihildum debeatur: ea impleta; perinde habeatur, ac si ab initio purè debitum fuisset: deficiente: quasi nulla unquam fuisset obligatio; *l. 16. de cond. ind. l. 26. de cond. inst. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. cedere 213. de verb. obl. l. 8. de per. & com. rei vend. l. 11. §. 1. qui pot. pign.* Cùm itaque pendente conditione necdum ulla obligatio nata sit; consequens est, id quod sub conditione debetur, ante eventum conditionis non rectè solvi: ac proinde si pendente conditione solutum sit, repeti posse; *dict. l. 16. l. 18. l. l. qui promisit 48. de cond. ind. l. stipulatio 38. §. interdum 16. h. t.* eademque ratione nec novari poterit, aut constitui nisi hac lege: ut eadem conditio expectetur; *l. 14. §. 1. de novat. l. id quod 19. de pec. const.* Hinc intelligitur, quantum intersit inter stipulationem in diem & conditionalem.

Eamque spem in hæredem transmittimus] Si pendente conditione, aut stipulatori aut promissori quid humanitus còtingat; nihilominus in suspenso manet obligatio; atque existente posteà conditione, stipulatio committitur; ut aut hæres stipulatoris agere, aut hæres promissoris conveniri possit §. *pen. inst. de inut. stip. l. si quis 57. hoc tit. l. in quantitate 73. §. 1. ad l. Falc. fac. l. 8. de per. & commod.* Non obstat regula juris veteris, quæ vetabat, obligationem ab hærede aut contra hære-
6 dem incipere. Nam conditio existens retrotrahitur ad tempus contractus: hoc est, ubi semel extitit conditio, perinde habetur, ac si ab initio sine conditione obligatio contracta fuisset; *l. 11. §. 1. qui pot. in pign. d. l. 8. de peric. & comm.* Cur ergo diversum jus sequimur in cōditionalibus legatis; placetque, mortuo ante eventum conditionis legatario, ad hæredem ejus nec spem ullam transmitti; *l. 4. & 5. §. 2. quand. dies leg. l. un. §. sin autem 7. C. de cad. toll.* Cur inquam, cùm tam ex causa legati conditionalis, quàm ex simili stipulatione spes sit debitum iri; non æquè spes illa transmittitur in hæredem legatarii, atque in hæredem stipulatoris? Nimirum ideò, quia cùm beneficia suprema voluntate ob merita plerumque dari, aliamve ob causam soleant, propter quam ad complectendum aliquem afficimur; *l. 9. pro soc.* existimandum est, testatorem in legando personam tantùm legatarii cogitasse, eique soli, non etiam hæredi ejus, qui incertus est, beneficium conferri voluisse. At in pactis & contractibus non tam ad personas paciscentium, quàm ad rem familiarem respicitur; crediturque quisque eo animo esse, ut non tantùm sibi, verùm etiam hæredibus suis prospectum velit; *l. 9. de probat. add. Gomez. 2. resf. 11. n. 12. D. Tuld. comm. hic, c. 7.* Ad hæc contractus etsi conditionalis est, tamen ex præsenti vires accipit; *l. 26. de stip. serv.* argumento est: quod jam ab initio hactenus personas contrahentium adstringit, ut alteri invito altero non liceat ab eo recedere; *l. 5. C. de obl. & act.* Unde quoque est, quòd eum, qui sub conditione stipulatus est, etiam pendente ea, placet, creditorum numero in quibusdam causis haberi; *l. 10. l. conditionales 54. de verb. sign. l. 4. de reb. auct. jud. poss. l. 9. §. 1. l. 11. §. 2. qui pot. in pign. l. filiusfam. 78. h. t. l. 16. de solut.* in quo item dissimilis causa est ejus, cui sub conditione legatum est; *l. iis cui 42. de obl. & act. Cujac. in d. l. 10. de verb. signific.* Enimverò quod hic simpliciter traditum est: Ex conditionali stipulatione quæ spes est debitū iri, eam ad hæredem stipulatoris transmitti; id plerique opinantur ad eas dumtaxat cōditiones pertinere, quæ à casu pendent: arbitrarias autem morte ejus deficere, in cujus potestatem collatæ sunt *arg. l. qui hæredi 44. l. si expressum 69. l. à testatore 109. de cond. & dem. l. si ita 65. §. 1. de l. 1. Gail. 2. obs. 2.* Verùm ego putarem, in contractibus distinguendum esse inter ipsas conditiones arbitrarias: ut siquidem factum contineant cohærens personæ, aut aliàs in apponendo persona solummodò spectata sit; earum implendarum jus ad hæredem non transeat. At si talis sit conditio, quæ eodem modo ab hærede impleri possit, puta si in dando consistat; hic quia non videtur persona operave personæ spectata, dicam; jus implendæ 7
conditionis licèt arbitrariæ ad hæredem stipulatoris transmitti. Nam cùm hujusmodi conditio per quemvis alium nostro nomine impleri possit; cur non & per hæredem possit, qui eadem persona cum defuncto habetur; *l. ult. de cond. inst. fac. l. diem 27. §. 1. de recept. arb. l. si prædio 15. de in diem addict. l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 2. C. de pact. int. empt. vid. Duar. in Scævol. n. 14. & seq. Cujac. in l. si quis 57. hoc tit. D. Tuld. comm. hic, cap. 9.*

TEXTUS.

De loco.

5. *Loca etiam inseri stipulationi solent; veluti:* Carthagini dare spondes? *Quæ stipulatio licèt purè fieri videatur; tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideò si quis Romæ ita stipuletur:* Hodie Carthagini dare spondes? *inutilis erit stipulatio: cùm impossibilis sit repromissio.*

No-

NOTÆ.

5. *Re ipsa habet tempus*] Nam locus adjectus spatium temporis inducit. Itaque licèt verbis pura sit; ex re ipsa tamen dilationem capit; *l. 2. §. 6. quod cert. loc. l. 41. §. 1. l. 73. h. t.* Inest enim tacitum tempus, *περὶ τὸ τῆς ὁδοῦ διάστημα*, definiendum arbitrio boni viri; *l. 137. §. 2. eod.*

Si quis Romæ, &c. hodie Carthagini dare] Hanc stipulationem inutilem facit impossibilitas præstationis; *d. l. 1. §. 6.* quasi impossibilis conditio adjecta sit, cujus adjectione contractus omnes vitiantur; *l. 31. de obl. & act. §. 10. infr. de inut. stip.* Diverso jure utimur in ultimis voluntatibus; *l. 12. §. 1. de leg. 1. l. 3. de cond. & dem. v. sup. §. 10. de hær. inst.*

Impossibilis repromissio] Cajus tamen *l. ult. §. 4. h. t.* casum proponit, quo etiam talis stipulatio utilis esse potest.

COMMENTARIUS.

HUjus tituli §. 2. cùm de stipulatione in diem ageremus diximus; esse quasdam stipulationes, quæ licèt verborum figura puræ sint; tamen ad stipulationes in diem factas referri debeant: propterea quòd tacitè tempus complectantur, atque ex re ipsa dilationem habeant; cujus generis etiam ea est, de qua hic agitur, cum locus stipulationi insertus est.

Re ipsa dilationem habet] Cum stipulamur quid dari certo loco, puta Carthagini aut Ephesi; stipulatio verbis pura ex re ipsa dilationem capit: inest enim tacitè tempus, quo Carthaginem aut Ephesum perveniri possit; nam alioqui præstatio fit impossibilis; *l. eum qui 41. §. 1. l. interdum 73. l. continuus 137. §. 2. hoc tit. leg. 2. §. qui ita 6. quod cert. loc.* Quodnam verò tempus hic accipi oporteat; eleganter nos docet Venulejus *d. l. continuus, §. 2.* nimirum totam eam rem ad judicem id est, virum bonum remittendam esse, qui æstimet, habita ratione temporis *περὶ τὸ τῆς ὁδοῦ διάστημα*, ætatis, sexus, valetudinis, quanto tempore diligens paterfa. conficere possit, quod facturum se promisit.

Si quis Romæ, &c. Si quis Romæ stipuletur, *Hodie Carthagini dari*, inutilem esse stipulationem placet; *d. l. 2. §. qui ita, quod cert. loc.* optima ratione; quia tali stipulatione causa impossibilis continetur. Neque enim qui Romæ est intra unum diem potest Carthaginem pervenire: nisi verò eò pervenerit, Carthagini dare non potest. Igitur impossibilitas præstationis inutilem in casu proposito stipulationem facit, perinde quasi impossibilis conditio adjecta sit: cujus adjectione stipulationem cæterosque contractus vitiari constat; *l. non solum 31. de obl. & act. l. 7. h. t. §. si impossibilis, inf. de inut. stip.* Diverso jure utimur in ultimis voluntatibus, in quibus placet, conditionem impossibilem, aut spatium temporis ad dandum impossibile, pro non adjecta haberi; *l. 1. & 6. de cond. inst. l. 3. de cond. & dem. l. 12. §. 1. de leg. 1.* Diversitatis ratio alibi à nobis indicabitur; *d. §. si impossibilis. Gajus l. ult. §. si inter, h. t.* casum proponit, quo etiam stipulatio hæc Romæ facta, *Hodie Carthagine dare spondes?* valere potest: nempè si tam stipulator, quàm promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori notum fecerit; in eum diem futuram stipulationem, addito mandato, ut alter daret, alter acciperet.

TEXTUS.

De conditione ad tempus præsens vel præteritum relata.

6. *Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omninò non differunt; veluti:* Si Titius Consul fuit; *vel: Si* Mævius vivit, dare spondes. *Nam si ea ita non sunt; nihil valet stipulatio: sin autem ita se habebunt; statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licèt apud nos incerta sint.*

NOTÆ.

6. *Ad præsens, vel præteritum tempus*] Conditiones ad præsens, vel præteritum tempus relatæ revera conditiones non sunt, sed tantùm *κατὰ τὸ λέγεσθαι* & figura verborum; *l. 37. & 39. de reb. cred. l. 120. hoc tit.*

Nihil valet stipulatio] Ex his verbis intelligitur, quomodò accipiendum, quod modò dixit, *statim infirmant obligationem.*

Licèt apud nos incerta] Dummodò jam sint, aut præterierint: ut si non à nobis, saltem ab aliis sciantur; *l. 38. de reb. cred.* Nam in futuris, quæ & ipsa in rerum natura certa sunt, non rerum naturam, sed nostram intuemur inscitiam; *l. 21. §. ult. de judic.* quia futura nulli mortalium cognita; Demosth. *orat. de Rhod. lib. ἄδηλον τὸ μέλλον ἅπασιν ἀνθρώποις.*

COMMENTARIUS.

In futuris inscientiam nostram inspici, non rerum naturam; in præsentibus & præteritis contra.

COnditionis proprium est, rem in aliquem casum, id est, in incertum eventum differre; *§. 4. sup.* Id autem fit, cum oratio in futurum confertur; non cum in tempus præsens aut præteritum: nam futura tantùm incerta sunt; præsentia & præterita certa, etsi contrahentes veritatem ignorent. Et ideò placuit, sermonem ad præsens vel præteritum tempus relatum vim conditionis non habere; veluti, si quis dixerit: *Si Rex Parthorum vivit: Si Cæsar victoria potitus est.* Sed in proposito aut statim obligationem perimi: aut omninò non differri; perimi, si ita non sit, si Rex Parthorum non vivit; Cæsar non vicit: non differri, si ita sit; *l. conditio 100. l. si ita 120. hoc tit. l. cum ad 37. cum 2. seq. de reb. cred.*

Con-

Conditiones quæ ad præsens Hæ orationes, *Si Titius Consul factus, Si Mævius vivit*, & similes, quæ ad præteritum aut præsens tempus referuntur, vi & potestate conditiones non sunt: quoniam obligationem non differunt, sed efficiunt, ut statim aut nihil debeatur, aut purè debeatur: nihil, si falsæ purè, si veræ. Pugnant autem, purè deberi, & sub conditione. Appellantur tamen & ipsæ conditiones, quia figura & conceptione verborum tales sunt; ut significatur in *l. Cornelius 69. de hær. inst. l. itaque 39. de reb. cred.* Licebit itaque hic uti eadem distinctione, qua Logici utuntur in relatis; ut dicamus; esse quasdam conditiones secundùm esse, quæ scilicet verè tales sunt, & obligationem suspendunt, cujusmodi sunt, quæ in futurum conferuntur: quasdam secundùm dici, quæ figuram duntaxat conditionis habent, vim & potestatem non obtinent; quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur: eodemque numero illæ quoque habendæ, quas certum est exstituras esse; veluti si quis stipuletur sibi dari, *Si Titius morietur, l. 9. §. 1. de novat. l. 17. cum seq. de cond. ind.*

Aut statim infirmant obligationem] Modestin. *l. condisio 100. Perimunt* Quod abusivè dici constat. Nam si rem spectamus, falsum id est, cùm obligatio perimi non possit, quæ nulla est. Sed cum ignorantiam nostram spectamus, videtur obligatio suspendi: quia apud nos in suspenso est, utrùm conditio exstiterit, nec ne; cujus ipsius ignorantiæ ratione dicitur obligatio perimi aut infirmari, cum apud nos certum esse incipit, conditionem esse falsam.

Nihil valet stipulatio] Quòd modò dixit: *Statim infirmari obligationem*: id quomodo accipiendum sit, ex his verbis intelligitur: nimirum si hæc conditio, *Si Mævius vivit*, falsa sit; statim nihil valere stipulationem, seu obligationem non tenere, *l. 37. de reb. cred.*

Quæ per rerum naturam certa sunt] Dummodò eam sint aut præterierint, ut etiam ab hominibus licèt non omnibus sciantur; *l. respiciendum 38. de reb. cred.* Unde apparet, non rectè cum casu hic proposito comparari casum *leg. sed etsi 28. §. ult. de jud. & l. 3. si pars hær. pet.* Nam quod in utero est, adhuc futurum est: ac nemo hominum scire potest, unusne an plures, & quot in utero sint, & an nascituri sint, ut meritò in eo inscientiam nostram intueri debeamus, non rerum naturam, cui alioqui etiam certa, quæ futura sunt; *d. l. 28. §. ult. de judic.* quamquam in specie illic proposita variasse Jurisconsultos; constat ex *l. cum quidam 30. §. suum 6. de acq. hær.* & distingui etiam potest inter obligationem seu jus petitoris; quod ex eventu ejus rei, quæ in conditione est, solùm pendet, de quo hic quæritur: & petitionem, quæ in judicio instituitur, & probationem etiam ejus, quod accidisse dicimus, desiderat; de qua agitur in *d. l. 28. §. ult. de judic.* Nam & in terminis hujus §. si ad judicem itum fuerit: quamdiu is ignorat, vivatne verbi gratia Mævius, necne; sententiam secundùm petitorem aut promissorem ferre non poterit, licèt per se verum sit & certum, valere aut non valere stipulationem. Nec tamen, ideò Hotomanno assentior, qui putat; hujusce modi stipulationem, *Si Mævius vivit, dare spondes?* quamvis id per se verum sit, non pro pura habendam esse, sed pro concepta in diem. Puram enim eam esse ostendit hic locus, & *l. condictio 100. hoc tit.* siquidem pura dicenda est, quæ obligationem omninò non differt, id est, cujus dies & cessit & venit; *l. cedere diem, de verb. sign.* ac proinde si stipulator statim ex tali stipulatione agat, non repelletur exceptione, nec causa cadet, aut tempus ei duplicabitur, quasi perperam agat, & plus tempore petat: sed petenti terminus ad probandum à judice dabitur, ut rectè *Io. Faber hic.*

TEXTUS.

Quæ in stipulatum deducuntur.

7. *Non solùm res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici pœna debet:* Si ita factum non erit; pœnæ nomine decem aureos dare spondes? *Sed si quædam fieri, quædam non fieri, una eademque conceptione stipuletur quis; clausula hujusmodi erit adjicienda:* Si adversùs ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit; tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?

NOTÆ.

7. *Sed etiam facta*] *L. 2. pr. eod.* In facto consistere stipulatio dicitur, non tantùm cum quid fieri cavetur, sed etiam cum non fieri, *d. l. 2. §. pen.* quamquam interdum distinguuntur, *l. 75. §. 7. eod.* Illa committitur exacto tempore, intra quod fieri poterat & debebat, quod promissum est, *l. 14. l. 72. l. 84. eod.* hæc, si quid factum sit contra quàm cautum fuit, *d. l. 2. §. pen. eod.*

Optimum erit] Quia difficilis est incertæ rei æstimatio; Sen. *3. de ben. 6.*

Ne quantitas stipulationis in incerto] Cum quid fieri stipulamur, incertum stipulamur; *d. l. 75. §. 7.* Ratio est: quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest, *l. 68. l. 72. eod. l. 13. in fin. de re jud.* hoc autem est incertum, quoniam non in jure, sed in facto consistit, *l. 14. de reg. jur.* utporè continens id, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *l. 13. rat. rem hab.* quod totum incertum ac probatu difficile. Huic autem incommodo occurri potest subjecta stipulatione pœnæ, *l. ult. de stip. prat.*

COMMENTARIUS.

1 *Cum quid fieri stipulamur, cur incertum stipulari videamur.*

2 *In facti obligatione nunquam factum ita versari, ut peti possit; sed id quod interest duntaxat.*

3 *Facta hic intelligenda nuda & simplicia, non quæ in rei alicujus præstatione consistunt: tum quid hic juris hodie.*

4 *Id quod interest incertum esse, & qua ratione.*

5 *Pœnæ stipulatione incertitudini obligationis occurri.*

6 *An per subjectam pœnalem stipulationem præcedens novetur obligatio.*

INsignis hic locus est propter stipulationes & obligationes faciendi. Non res tantùm, sed etiam facta in stipulationem deduci posse constat: unde quædam stipulationes in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur; *l. 2. hoc tit.* Cum
1 quid fieri stipulamur, incertum stipulari videmur; *leg. ubi 75. §. qui 7. eod.* non utique ob id tantùm, quod priusquàm quid fiat incertum est, an fiat, an si fit, incertum quale sit; sed multò magis, quia si promissor non faciat, per moram tacita quædam potestate juris inducitur novatio & obligatio in id, quod interest, cujus quantitas est incerta, *leg. si pœnam 68. eod.* & ideò utile est, stipulationi faciendi pœnam subjicere; quod hic monet Justinianus, & Venulejus *leg. ultim. præ: stip.* Sed quoniam in hunc locum incidimus; age paulò pleniùs eum explicemus. In obligationibus faciendi ita jus est; ut licèt ab initio & quamdiu fieri potest quod promissum est, factum in obligatione versetur, unde etiam obli-
2 gatio faciendi dicta; tamen nunquam ita, ut id peti possit: quippè ex stipulatione faciendi placet, non ante agi posse, quàm tempus illud præterierit, intra quod fieri debuit, & potuit, quod promissum est; sed eatenus tantùm, ut promissor præstando quod promisit liberetur. Postquàm autem transiit tempus, intra quod fieri poterat quod promissum est, exinde contineri incipit, solidumque deberi, id quod interest, *l. 14. l. stipulationes 72. l. si insulam 84. l. si quis 112. §. ultim. hoc tit. leg. 13. in fin. de re jud.* ut tamen quamdiu lis nondum contestata est; placeat, promissorem paratum præstare quod promisit adhuc audiendum esse, & faciendo liberari, *d. leg. si insulam*; nam hic etiam locum habet, quod de emendatione moræ à Celso adolescente scriptum memorat Ulpianus *leg. si servus 91. §. 3. hoc tit.* Facultatem offerendi mora amissam summo jure, ex bono & æquo recipi moræ purgatione. Cæ-
3 terum ex factis ea tantùm huc pertinere arbitror, quæ nuda sunt & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, operamque hominis & membrorum corporis desiderant; qualia sunt, *Romam ire*, *Tabulam pingere*, *Insulam ædificare*, *Fossam fodere*; cujusmodi in hac disputatione exemplis etiam Veteres utuntur. Hæc facta, inquam, hactenus tantùm in obligatione esse intelliguntur, ut faciendo debitor liberetur; peti nunquam possunt, sed id solùm, quod interest, neque id statim; sed tum demum, cùm transierit tempus, quo potuit fieri, quod promissum est. At si factum quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem dominii ive aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro datione, quàm pro facto habendum puto; argum. *l. in conventionalibus 52. §. 1. hoc tit.* & rem ipsam, ad quam principaliter respicitur, peti posse. Neque enim dubitandum, quin si ex causa venditionis stipulatus sim rem mihi tradi, eam ipsam rem petere possim; *l. 11. §. 2. de act. empt.* Verùm autem ut hoc casu res peti potest, ita & præcisè præstanda sit; an solutione ejus, quod petitoris interest, liceat defungi; alibi fortassis tractabitur. In præsentia satis est nos scire, de quo genere factorum hic agatur; nimirum de nudis & puris, quæ extorquere ab invitis species quædam servitutis videatur; *Duar. in dict. l. stipulationes 72. hoc tit.* Atque hæc communis quoque DD. sententia est; *vid. Christin. volum. 1. dec. 323.* Nostro hodierno jure in omnibus faciendi obligationibus promissorem præcisè cogi ad facti præstationem; tradit *Groenew. de legibus abrog. ad leg. 13. de re jud. per artic. 275. & sequ. instr. sup. Cur. Holl. art. 14. & seq. ampl. instr. Cur. pro vin.* Et sanè probant hi textus: posse factum in petitionem & condemnationem deduci, quin & facere recusantem in custodia aliquamdiu detineri; quod à ratione juris Rom. alienum videtur. Utique tamen quia factum invito extorqueri non potest, si contumax esse perseveret; recurrendum tamdem erit ad facti æstimationem: quod & iisdem locis expressum est.

Vel non fieri] Stipulatio in facto esse etiam illa dicitur, quod continet, quod est in non faciendo; veluti, *Per te non fieri, quominùs mihi ire agere liceat*, &c. *l. 2. §. pen. hoc tit.* quamquam hæc alibi ut opposita distinguuntur, *leg. ubi 75. §. qui id 7. eod.* Hujusmodi verò stipulationes nunquam aliter committuntur, quàm si quid factum sit contra, quàm cautum est, *d. l. 2. §. pen. l. 4. §. Cato. eod.* & ideò necesse est committi in id, quod interest: siquidem ejus quod jam factum est nomine nihil peti potest, nisi id, quod ob id factum abest stipulatori: id autem est id, quod ejus interest, contra factum non fuisse.

Optimum erit pœnam subjicere] Stipulatio faciendi incerta est: quæ incertitudo cùm non levia habeat incommoda, quo pacto ea incommoda vitari possint, utile visum est Imperatori hic monere. Incerta est hæc stipulatio, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest. Ratio reddita à Paulo in *l. si pœnam 68. hoc tit.* Venire id quod interest & stipulatione faciendi contineri, satis anteà probatum est: quare hoc pro confesso nunc sumimus. At quomodò hac ratio-
ne efficitur, ut stipulatio sit incerta? Nimirum 4

quia

quia id ipsum quod interest est incertum, *leg. ultim. si quis in jus voc.* quod etiam Paulus *d. leg.* 68. vult intelligi. Est verò id quod interest incertum duplici ratione; ab eventu ipsius rei; & approbatione. Prior incertitudo indicatur definitione ejus quod interest. Sic enim definitur: ut sit quod nobis abest, quodque lucrari potuimus: *leg. si comm.* 13. *rat. rem hab.* Ut ergo quid nostra intersit, hinc pendet; si quid amisimus ob id, quod factum non est, quod fieri debuit: aut si quid lucrari potuimus, si factum esset quod promissum est; quod quia factum non est, lucrati non sumus: totum verò hoc incertum est, quid hic amittamus aut lucremur; fierique potest, ut si non fiat quod promissum est, aliàs plus aliàs minus amittamus, interdum etiam ut nihil: secundùm quæ eadem quoque ejus quod interest æstimatio facienda; *l. si quis* 13. *in princ. de re jud. l. si quis stipulatus* 112. §. 1. *hoc tit.* Inde dictum, quatenus cujusque interfit, in facto, non in jure consistere; *l. quatenus* 24. *de reg. jur.* Ratione quoque probationis incertum est id quod interest: neque enim facilè probatu est, habuisse nos aliquid, & propter cessationem aut factum promissoris amisisse: item nos aliquid lucri facere potuisse, si factum esset quod debuit, & quia factum non sit, ideò eo lucro nos
5 excidisse. Cùm autem id quod in vero est probari non potest, illud incommodum sequitur quòd id quod interest ad minimam summam deducatur; *l. ult. de praet. stipu.* Huic ergo incertitudini atque incommodis si occurri potest pœnam stipulationis subjiciendo; nemo non fatebitur, optimum esse, si quis ut fiat aliquid stipuletur, pœnam subjicere; ut si ita factum non erit; certa pecunia pœnæ nomine præstetur. Nam pœnæ stipulatio certa est & à re ipsa & à probatione. A re; quia certa quantitas verbis stipulationis comprehensa est; à probatione, quia non alia hic probatione opus, quàm ut de stipulatione doceatur; quæ ipsa se ostendit, quid complectatur. Neque verò hic pœnam promissor effugiet paratus præstare quod interest: nam ex conventione pœnæ modus statuitur, non ex taxatione ejus quod interest; nec ampliùs quæritur; an & quanti intersit; sed an tantùm pœnæ nomine promissum sit; *l. stipulatio* 38. §. *alteri* 17. *hoc tit.* §. *alteri* 18. *infr. de inut. stip.* Verissimum igitur est, quod mox sequitur apud Justinianum; Stipulationem pœnæ subjectam stipulationibus faciendi efficere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, & ne sit necesse actori probare quod sua intersit. Illud non ineleganter quæritur; An per subjectam stipulationem pœnalem præcedens novetur obligatio; quod negamus, per *l.* 10. §. *de pact. leg. ita stipulatus* 105. *in fin. pr. leg. qui Romæ* 122. §. 2. *hoc titul. leg. si quis* 41. 6
cum seq. leg. duo 71 *pro soc. leg. prædia* 28. *de act. empt.* Idque etiam certa ratione juris efficitur, quoniam pœnæ adjectione hoc agitur, ut magis incitetur debitor ad præstandum, quod promisit: creditor verò liberetur difficultate probandi ejus, quod sua interest factum suo tempore quod promissum est, non ut agendi, si velit, ex priore obligatione facultas ei adimatur. Atque ut maximè jure veteri interdum novatio contigerit; puta ut vult D. Donell. ad *dict. leg. ita stipulatus num.* 31. in casu hujus §. cum stipulationi faciendi subjicitur pœnalis; per *leg. obligationum* 44. *in fin. de obl. & act.* est tamen est Constitutione Justiniani, ut non aliter nunc novatio fiat, quàm si id nominatim convenerit, *l. ultim. Cod. de novat.* Quamobrem utrumque in proposito debetur, & res aut id quod interest; & pœna; quamquam alterum dumtaxat peti potest; *leg.* 4. §. *Labeo* 7. *de dol. mal. exc. l.* 10. §. 1. *de pact. dict. leg. stipulatus* 115. *hoc tit. l. g. si pro fundo* 33. *Cod. de transact.* Hoc amplius; qui pœnam consecutus est, rectè adhuc petet, quod pluris sua interest, *dict. leg. prædia de act. empt. l. ultim.* §. *ultim. de eo per quem fact. erit*, &c. Quòd si coercendo contemptui pœna adjecta sit, vel conventioni inserta clausula, *Rato manente pacto*; & res ipsa peti poterit; & præterea pœna, *leg. si quis* 30. *de recept. leg.* 16. *de transact. leg. cum proponas* 17. *Cod. eod. D. Tulden. hic cap.* 4. Monendi obiter sumus, stipulationi pœnalem adjectam obligationi quantitatis præsumi in fraudem usurarum factam, atque improbari, quatenus pœna legitimum usurarum modum excedit, *l. pœnam* 44. *de usur. l. cum allegas* 15. *Cod. eod. l.* 13. §. *ib.* 26. *de act. empt. ad d. Papon. lib.* 12. *tit.* 9. *Charond. lib.* 6. *resp.* 59. *Imbert. enchirid. verb. pœna conventionalis.*

Clausula hujusmodi] Qua formula concipienda sit pœnalis stipulatio, sive quid fieri stipulemur, sive quid non fieri, sive simul quædam fieri, quædam non fieri, ex hoc loco satis perspicuum est: adde tamen *l. cum quid* 71. *l. continuus* 137. §. *pen. hoc tit.*

TITU-

TITULUS XVII.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

Dig. lib. 45. *tit.* 2. *C. lib.* 8. *tit.* 40. *Nov.* 99.

Continuatio. Reos olim appellatos omnes, quorum de re disceptabatur.

IN duobus reis, quos Ulpianus *l.* 3. §. 3. *de lib. legat.* correos appellat, si sequeremur regulas juris de iis, qui stipulati sunt, aut promiserunt; non erat, cur de his ageretur separatim. Nunc autem quia in his aliquid singulare est, quod à jure reliquorum stipulatorum & promissorum longè dissidet; ideò quidnam id esset, proprio titulo exquiritur; quod & factum est in *Pand.* & *C.* Reus à re, id est, lite dictus est, eoque nomine Veteres utrumque litigatorem denotabant. Cicero *lib.* 2. *de orat. Reos appello*, inquit, *non modò eos, qui arguuntur, sed omnes quorum de re disceptatur*. Gallus Ælius apud Festum: *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive egit, sive cum eo actum est.* Pomponius *l.* 5. *de verb. obligat. Conventionales* (stipulationes) *sunt, quæ ex conventione reorum fiunt*. Et quamquam usu nunc obtinuit, ut is solus cum quo agitur sive unde petitur, reus dicatur, propter excellentiam scilicet, quia de re ejus præcipuè judicio agitur, utpotè cui soli immineat periculum condemnationis; tamen verbi proprietatem in quibusdam adhuc retinemus: nec solùm reum promittendi, debendi, satisdandi; verùm etiam stipulandi, credendi, satis accipiendi, dicimus; ut passim in tit. hujus argumenti.

TEXTUS.

Quibus modis duo rei fieri possunt.

Et stipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita; si post omnium interrogationem promissor respondeat; Spondeo; ***ut puta cùm duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat;*** Utrique vestrum dare spondeo. ***Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat; alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt:*** Mævi, decem aureos dare spondes? & Sei eosdem decem aureos dare spondes? ***si respondeant singuli separatim;*** Spondeo.

NOTÆ.

Duo pluresve rei] Reus à re, id est lite dictus est: eoque nomine Veteres utrumque litigatorem denotabant. Fest. in *reus* & *contestari*. Cic. 2. *de orat. Reos appello, quorum res est*. Item: *Reos appello non eos modò, qui arguuntur, sed omnes, quorum de re disceptatur*. Pompon. *l.* 5. *de verbor. oblig. Conventionales* stipulationes *sunt, quæ ex conventione reorum fiunt*: sed usu ferè nunc obtinuit, ut is solus, unde petitur, reus dicatur.

Utrique vestrum dare spondeo] Igitur duo rei stipulandi sunt, qui eamdem rem ab eodem in solidum stipulari sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur; § *prox.*

Singuli separatim spondeo] Aut *Spondemus leg.* 4 *hoc tit.* Duo ergo rei promittendi sunt, quorum singuli eamdem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant; *l.* 2. & 3. §. 1. *eod.* & *dict.* §. *prox.* Sed hodie duo rei promittendi non fiunt, nisi id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneatur; *auth. hoc ita, C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Duorum reorum stipulandi definitio ejusque definitionis explicatio.*
2. *Duo rei promittendi qui, & in quo discrepent à fidejussoribus.*
3. *Orationis distributiva & alternativa hanc vim esse, ut cuilibet attribuatur in solidum, copulativè non item.*
4. *Iure novissimo non aliter duos reos debendi fieri, quàm si id specialiter actum.*

ET *stipulandi & promittendi*] Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi; *l.* 1. *h. t.* Itaque reus stipulandi idem est, qui stipulator: reus promittendi, qui suo nomine alteri quid promisit: Cæterùm ut duo rei fiant; conjunctas eodem tempore aut modico intervallo stipulationes esse oportet; *l.* 6. §. *ult. l.* 12. *pr. hoc tit.* 1

Stipulandi ita] Duos reos stipulandi hoc modo rectè definiemus: qui eamdem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur. Etenim ut duo rei stipulandi fiant, hæc omnia concurrere oportet; ut uterque rem unam atque eamdem stipuletur; ut ab eodem, ut in solidum, ut ea mente; ut una utrique debeatur. Et igitur sive res diversæ à duobus in stipulationem deductæ fuerint, sive unam quidem rem singuli stipulentur sed

ſed alter verbi cauſa à Sejo, alter à Sempronio; vel uterque ab eodem, ſed ejus rei partes, non ſolidum; vel ſolidum, ſed non ea mente, ut una res ſingulis debeatur, ſed alteri puta res ipſa alteri rei æſtimatio; duo rei ſtipulandi non erunt; *hoc text. & §. ſeq. l. 2. & 9. §. 1. & 2. l. 15. eod. l. 3. C. eod.*

Nam ſi prius Titio] Hoc tamen non ita præcisè accipiendum eſt, quaſi duo rei ſtipulandi ita numquam conſtitui intelligantur, cum ſingulis ſeparatim interrogantibus promiſſor etiam ſeparatim reſpondet: nam utique ſi hoc actum appareat, ut rei ſtipulandi fiant; quominùs fiant, non putarem obſtare hanc reſpondendi formam: ſicut ex converſo non obſtat, quominùs duo rei promittendi fiant, ſi hoc actum ſit, quod ſinguli ſeparatim rogati ſunt & ſpoponderunt; *l. 3. in fin. hoc tit.*

2 *Duo rei promittendi*] Vel ex definitione duorum reorum ſtipulandi intelligi poteſt, quinam ſint & dicantur duo rei promittendi; nimirùm quorum ſinguli eamdem rem eidem ſtipulanti in ſolidum promiſerunt ea mente, ut quamvis ſolidum ſinguli, unum tamen omnes debeant; *l. 2.* & *3. §. 1. hoc tit. §. 1. inf. eod.* Unum amplius hic exigimus ut qui ita promittunt, promittant principaliter, quo correus diſtinguatur à fidejuſſore. Illud tenendum eſt; ad conſtitutionem duorum reorum non eſſe neceſſe nominatim adjici, ut correi ſint, aut ut ſolidum ſingulis debeatur, ſingulive ſolidum debeant: ſed id ex forma etiam ipſius ſtipulationis æſtimari: argumento eſt cum hic textus & *l. 3.* & *4. eod.* tum quòd alioqui fru-
3 ſtra quæreretur, quod non ſemel quæritur; an & quando duo rei conſtituti videantur. Finge: Duos hoc modo ſtipulatos eſſe; *Cuilibet, vel utrique noſtrum dare ſpondes?* aut: *Quilibet vel uterque veſtrum dabis?* Dicam, duorum reorum contractam obligationem. Hæc enim vix eſt diſtributivæ, ut cuilibet attribuat actum in ſolidum; eadem nimirum, quæ & alternativè; *l. 8. §. 1. de l. 1.* Copulativa verò per ſe eam vim non habet. Unde ſi duo conjunctim decem ſtipulati ſint, aut promiſerint; ſingulis partes viriles debebuntur, aut ſinguli debebunt, niſi repetitum ſit *eadem decem, hoc text. & l. 2. eod.* aut nominatim cautum ut duo rei ſint, ſeu ut ſingulis ſolidum debeatur, aut ſinguli ſolidum debeant; *l. 11. §. 1. & 2. eod.* Planè poſt Conſtitutioné Juſtiniani *Nov. 99. ca. 1.* unde *auth. hoc ita C. hoc tit.* non aliter duo rei debendi (de correis credendi nihil novi conſtitutum) facti intelliguntur, quàm ſi id ſpecialiter actum ſit, ut uterque in ſolidum teneretur: quod ideò fortaſſis Imperator conſtituit, quoniam
4 ex ſola verborum figura hanc rem diſcerni periculoſum exiſtimavit; Gudelin. *3. de jur. nov. cap. 11. & lib. 4. cap. 7.* Chriſtin. *volum. 5. dec. 213.* Gail. *obſ. 28. num. 6.*

TEXTUS.

De effectu hujuſcemodi ſtipulationum.

1. Ex hujuſmodi obligationibus & ſtipulationibus ſolidum ſingulis debetur, & promittentes ſinguli in ſolidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: & vel alter debitum accipiendo, vel alter ſolvendo omnium perimit obligationem, & omnes liberat.

NOTÆ.

1. *Et ſtipulationibus*] Cujac. & Hotom. *ſtipulationibus.* Th. καὶ τῶν ἐπερωτώντων ἑκάστῳ τὸ ὁλόκληρον ὀφειλήσεται, *Et ſtipulantium ſingulis ſolidum debetur.* Rectè.

In ſolidum tenentur] Hodie reus ſtipulandi actionem dividere cogitur ex communi ſententia per Nov. 99. quamquam illic diviſionis beneficium non aliis datur, quàm qui ſe ἀλληλεγγύως obligant, & tantùm emendatur, *l. 1. h. t.* Cujac.

Vel alter debitum accipiendo, &c.] Alterum in hac obligatione ſingulare. Unus è duobus reis ſtipulandi promiſſorem liberare poteſt, non tantùm debitum accipiendo, ſed etiam acceptum ferendo, novando, petendo, jusjurandum deferendo; *l. 2. l. 16. h. t. l. 31. §. 1. de novat. l. 11. §. 21. de leg. 3. l. 27.* & *28. de jurej.* At paciſcendo correo non nocet; *l. 27. in fin. pr. de pact.*

Vel alter ſolvendo] *Lib. 3. in fin. h. t.* vel acceptum rogando; *d. l. 2. l. 16. de accept.* novando, ſeu alium debitorem dando; *l. 3. ad S. C. Vell.* jurando, *l. 28. de jurej.* non autem paciſcendo: niſi aut ſocii ſint, aut nominatim alter alteri quoque paciſcatur; *l. 21. §. ult. & 4. l. ſeqq. de pact.*

COMMENTARIUS.

1 *Iure noviſſimo correis debendi competere beneficium diviſionis. In foro tamen mercatorum hoc non obſervari.*
2 *Non ſolùm ſolutione uni ex duobus reis credendi facta, ſed etiam quovis alio modo, qui vice ſolutionis ſit, promiſſore ab uno liberato, totam tolli obligationem.*
3 *Uno ex duobus reis promittendi ſolvendo, acceptum ferendo, &c. omnes liberari, tum alia non protrita.*
4 *An correus, qui totum ſolvit, eo nomine adverſus cæteros actionem habeat.*

IN cauſa plurium reorum etſi reſpectu perſonarum, quæ plures ſunt, plures quoque ſtipulationes & obligationes videri poſſunt, *hoc text. leg. 13. eod.* tamen quoad rem in ſtipulatum deductam ac promiſſam, vique ipſa ac poteſtate, una eſt eademque & ſimplex obligatio, quæ in ſingulis in ſolidum activè & paſſivè conſiſtit. Unde exiſtunt duæ obli-

obligationes duorum reorum propriæ, quæ hoc §. commemorantur.

Solidum singulis debetur, & singuli in solidum] Hoc primum est hujus obligationis proprium;
1 quod & singulis reorum stipulandi solidum debetur; & singuli reorum promittendi solidum debent: ac proinde illi singuli solidum exigere, & hi singuli in solidum conveniri possunt; *l. 2. & 3 §. 1. hoc tit. l. si rem 31. §. 1. de novat.* Cæterùm circa reos promittendi novella Justiniani Constitutione *de reis promitt. 99.* vetus jus hactenus mutatum videtur, ut jam unus è duobus debendi reis in solidum à creditore conventus petere possit, uti divisa actione pro parte tantùm conveniatur; neque aliter cum effectu cum eo agi possit, quàm si correus ejus vel absens sit, vel non solvendo, aut ille beneficio divisionis renunciaverit. Sententia communis usuque forensi recepta; *Mynf. Schneid. hic Gomez. var. res. 2. cap. 12. num. 1. Gail. 2. observ. 14. num. 5. Sichard. in l. 2. C. hoc tit. numer. 5. Gudelin. & Christin. ubi suprà, Grot. 3. introduct. 3. Moller. 5. semestr. 62.* ubi post Jason. & Joan. Ronchegall. excipit correos debendi testamento constitutos. Sunt tamen nonnulli ex recentioribus, qui putant; *dict. Nov.* perperam intellectam: atque ab Irnerio *authent. hoc ita, Cod. hoc tit.* positam esse alieno loco: non enim de correis debendi in *dict. Nov* agi; sed de mutuis fidejussoribus, quibus jure veteri beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores habent, non competebat, *l. 11. princ. eodem.* Argumento utuntur inscriptione Græca, περὶ ἀλληλεγγύων, qua voce non duo rei, sed mutui fidejussores significentur. Ego verùm cùm Cujacio existimo: eodem nomine à Græcis appellatos esse & correos simplices, eò quòd & ipsi conditione obligationis quidam quasi fidejussores esse videantur, *l. vir uxori 17. §. ultim. ad sen. Vell.* quod & Constantinus observavit in Lexico & sententia ipsius Novellæ non obscurè confirmat. Planè secundùm generalem consuetudinem Autverpiæ inter mercatores observatam *d. Nov.* locum non habet in foro mercatorum; sed potest creditor alterum ex duobus reis in solidum convenire, & ad solutionem totius constringere. *Decisione 49. Curiæ Hollandiæ.*

Vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo] Alter reorum stipulandi accipiendo, alter reorum promittendi solvendo: quibus verbis breviter indicatur jus singulorum in obligatione tollenda; quod est alterum in hac obligatione singulare. Sed operæ pretium est, paulò latiùs hanc rem proponi, & in utroque reorum genere quale id jus sit, separatim exquiri. Duobus reis stipulandi hoc in summa hic tributum est: ut singulis eorum jus sit promissorem liberare; & liberare quibuscumque modis creditor, cui aliquid debetur, debitorem suum potest. Et igi-
2 tur si uni pecunia soluta sit, ex hac causa promissor ab altero quoque hac obligatione liberabitur, *hoc text.* Sed citra solutionem quicumque modi sunt, quibus actio aut ipso jure tollitur, aut per exceptionem submovetur, modò vim solutionis habeat; si quo ex his unus promissorem liberaverit, non à se tantùm eum liberabit, sed à cæteris quoque, totamque tollet obligationem: veluti si promissori acceptum tulerit; *l. 2. hoc tit.* si novandi animo alium reum ab eo acceperit, *l. si rem 31. §. 1. de novat.* idemque est, si jusjurandum tulerit, *l. in duobus 28. princ. de jurejurand.* nam & jusjurandum loco solutionis cedit, *jusjurandum 27. eodem tit.* item si unus pecuniam sibi à promissore oblatam sine justa causa accipere recusarit, eaque posteà sine culpa promissoris deperdita sit, per *l. qui decem 72. princip. de solution.* Paciscendo verò si à promissore petat, correo non nocet: quoniam pactum non operatur ultra personas, inter quas interpositum est, nec remissio quicquam commune habet cum exactione, *l. si unus 27. in fin. pr. junct. §. 4. versic. ante omnia de pact.* His porrò consequens est, quod traditur *l. 2. hoc tit.* etiam unius ex reis stipulandi petitione totam tolli obligationem, quod sic explicatur in *dict. l. 31. §. 1. de novat.* unum judicio petentem totam rem in litem deducere, & aperciùs in *l. 11. § sic evenit 21. de legat. 3.* unum ex pluribus reis credendi agendo occupare & totum consequi, ut proinde necesse sit jus alterius consumi. Hinc responsum est: Si unus ex duobus reis stipulandi semel egerit, alteri promissorem offerendo pecuniam nihil agere, *l. ex duobus 16. hoc tit.* Ex contrario quoque sic jus est in duobus reis promittendi: ut unus solvendo alteri prosit; *hoc text. l. 3. in fin. eod.* Proinde & acceptum rogando, *l. 2.*
eod. l. si ex pluribus 16. de accept. item novando 3
seu alium debitorem dando, per *l. si pro uno 30. ad sen. Vell. ubi Cujac. 8. ad African.* & jurando, *l. in duobus 28. de jurejurand.* Non autem paciscendo, nisi fortè paciscentis intersit: puta propter communionem quia socii sunt, aut si nominatim quoque correo suo paciscatur, *l. & hæc. 21. §. ult. cum 4. l. seqq. de pact.* Sed nec adversùs unum ex correis debendi instituta petitione alter liberatur; utique post Constitutionem Justiniani *l. ultim. Cod. de fidejuss.* nam inter Veteres de hac re non convenisse in eadem Constitutione, cum Justinianus indicat, tum arguunt hi loci, *l. 1. §. sive apud 43. depos. l. 3. §. 1. de legat. 1. leg. amissi 52. §. ultim. de fidejuss. l. reos, C. eodem collati cum l. decem 116. illic: non enim sunt duo rei de verb. oblig. l. si per imprudentiam 51. §. ult. de evict.* Illud semper constitit: unum ex reis promittendi, non posse ex alterius persona compensationem objicere; *l. 10. hoc tit.* neque moram unius alteri nocere, *l. mora 32. §. ultim. de usur.* id est, non efficere, quominùs re posteà perempta, & teneatur qui moram fecit, & liberetur qui non fecit, quæ fusiùs explicantur à D. Donello ad *tit. Cod. de duobus reis cap. 7. & 2. seqq.*
Quid si unus ex pluribus debendi reis conventus 4
integrum debitum creditori exsolvat, habebitne eo nomine adversùs cæteros actionem? Si meram strictamque juris rationem sequimur, non habebit, etiamsi ad solos correos totum credi-

tum

tum pervenerit, nisi creditor (quod facere cogitur) offerenti solutionem actiones suas cesserit; de quo consule Sichard. in *leg. si divisæ* 13. *Cod. locat.* Cæterùm æquius & benignius est, ei, qui ita solvit, etiam citra cessionem in correos actionem [subsidiariam negotiorum gestorum] accommodati; vel in solidum, si nihil ad eum pervenit; vel pro ea parte, quæ ad alios pervenit, *l.* 2. *Cod. hoc tit.* Ita visum Interpretibus communiter, & sæpè judicatum est, testibus *Ant. Fab. Cod. suo hoc tit. defin.* 1. *Christin. volum.*3.*dec.* 114. *& volum.*4. *decis.* 178. contra quam tamen sententiam disputat idem *Anton.Faber.*11.*conject.* 6. *& seqq.* Sanè *dict. l.*2. commodè accipi potest de correis sociis, eò quòd pecunia dicitur communiter mutuò accepta. Ex converso, an unus ex reis stipulandi, qui totum exegit, partem cum altero communicare cogatur, tractat *Bart. in l. reos* 12. *hoc tit. num.* 9. *Vvesembec. parat. eod. num.*7. Concludunt autem, non cogi, nisi vel socii sint, vel ita convenerit, vel natura obligationis & rei id ferat, *arg. d.l.*11. *hoc tit. leg. in leg.* 62. *ad leg. Falcid. leg. qui hominem* 34. §.1. *de solut.*

TEXTUS.

De stipulatione pura, & de die & conditione.

2. *Ex duobus reis promittendi; alius purè; alius in diem, vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quo minùs ab eo, qui purè obligatus est, petatur.*

NOTÆ.

2. *Vel sub conditione obligari potest*] Solummodò eadem res fit in cujusque persona, & causa eadem, *l.*9. §.1. *l.* 15. *eod.* ut tempus idem sit aut locus solutionis, non est necesse, *l.*7. *dict. l.*9. §.*ultim. eod.* Obiter nota, duos reos credendi, & debendi etiam aliis contractibus constitui posse, denique & testamento, *dict. l.*9. *præc. l.*1. §. 43. *&* 44. *depos. leg.*8. §.1. *de legat.*1. *leg.*5. *Cod. si cert. petat.*

COMMENTARIUS.

1 *Imparis causæ susceptionem impedire duorum reorum obligationem; at quæ in modo, tempore, loco imparitas est, non impedire.*

2 *Duos reos credendi aut debendi etiam citra stipulationem constitui posse.*

DUo rei debendi ita constitui non possunt, ut res diversæ in eorum obligatione versentur, *l. si id* 15. *hoc tit.* nec ita, ut imparem unius ejusdemque rei obligationem suscipiant, aut potiùs imparem causam, puta ut alter culpam præstet, alter non præstet, *L.*9. §.1. *eod.* At verò ut eodem modo uterque obligatur, necesse non est: sed potest alius purè, alius in diem vel sub conditione obligari, ut ex Florent. *l.*7. *eod.* hic refert Justin. Nimirum ubi impar causa suscipitur, imparitas obligationis perpetuò durat: quæ verò à modo & tempore est imparitas, ea veniente die aut existente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci potest ad paritatem, ita *Io. Fab. & Cantiunc. hic.* Sed nec loci solutionis diversitas impedit, quò minùs duorum reorum contracta obligatio & par ab utroque causa suscepta intelligatur, *d.l.*9. §.*ult.* Obiter monendi sumus: duos reos credendi aut debendi non tantùm verbis stipulationis constitui, quamquam id usitatius est, sed aliis quoque contractibus, & denique etiam testamento. Credendi, veluti, si duo eamdem rem deponant, aut commodent, aut decem dent mutuò hac lege, ut is qui accipit, eorum singulis in solidum obligetur, quod in deposito indicato Ulp. *l.* 1. §. *sed si duo* 44. *depos.* Testamento, si testator eamdem rem eamdemve summam duobus leget disjunctim hoc modo, *Titio, vel Mævio decem dato; arg. l.*8. §.1. *de leg* 1. Debendi, veluti, si quis eamdem rem apud duos deposuerit utriusque fidem in solidum secutus, vel eamdem rem duobus similiter commodaverit, *d.l.*9. *in pr. hoc tit. in l.*1. §. *si apud* 43. *depos.* Sic etiam ejusdem pecuniæ mutuò datæ plures rei debendi fiunt, si omnes se constituant ejus pecuniæ debitores, *l.*5. *C. si cert. pet.* & testamento, si ita scriptum sit, *L. Titius hæres meus, aut Mævius hæres meus, decem Seio dato*, *d.l.*8. §.1. *de leg.*1. nam exemplum, quo Papinianus utitur, *d.l.*9. *in fin. pr. hoc tit.* huc non pertinet, nisi eo casu, quo apertè testator voluit, ut singuli hæredes solidum debeant: quod ex initio ejus loci intelligitur, *add. Don. ad hunc tit. cap.*12.

TITU-

TITULUS XVIII.

DE STIPULATIONE SERVORUM.

Dig. Lib. 45. Tit. 3.

TEXTUS.

An servus stipulari possit.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hæreditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet: ideoque quod servus hæreditarius ante aditam hæreditatem stipulatur, acquirit hæreditati, ac per hoc etiam hæredi postea facto acquiritur.

NOTÆ.

Ex persona domini] Servi jure civili pro nullis habentur; *leg. 32. de reg. jur.* & quasi non sint; *l. propen. cod.* Theod. Hermopol. *lib. 7. tit. 6.* ὁ δοῦλος οὐδὲ ἴσως νόμοις. ἀπογράφεται ὅτι, τουτέστιν οὐδὲ δοκεῖ ζῆν, ἢ νοεῖται. Cæterum ex persona dominorum χαρακτηρίζονται, ut ait Theoph. id est, *Personantur*, ut Gloss. Gr. Lat. Hinc est, quòd etiam cum servis testamenti factio est, *leg. 31. de hær. inst. v. sup. eod. tit.* & quod jus stipulandi habent; ut hic.

Personæ defuncti vicem] *l. 34. l. 61. de acq. rer. dom. v. sup. §. 2. de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

Quod à servo aut cum servo gestum est, id ex persona servi valere jus civile nō patitur: quippe quo jure servi pro nullis habentur, *leg. quod attinet 32. de reg. jur.* Sed tamen ex persona dominorum æstimantur, quod eleganter Theophilus his verbis Græcè expressit, Οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τοῦ προσώπου τῶν οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται. Ex quo est, quòd etiam cum servis testamenti factio sit, ut & hæredes institui & legatum iis relinqui possit; de quo non uno loco *l. 2.* Item quòd jus stipulandi habent, ut ex eorum stipulatione obligatio & actio domino acquiratur, perindè ac si ipse sibi stipulatus esset, & vox servi vox domini sit, sicut vox filii vox patris; *§. si quis 4. & §. post mortem 12. inf. de inut. stip.* Quæ tamen res non impedit, quominùs inter servum, & qui cum eo contrahit, nascatur obligatio naturalis; *l. 14. de obl. & act.*

Hæreditas in plerisque personæ defuncti vicem] Quoniam dixit: Servum ex persona domini jus stipulandi habere: videri poterat, servum hæreditarium inutiliter stipulari, utpotè qui dominum non habet. Huic igitur objectioni occurrens ait: Hæreditatem jacentem personæ vicem sustinere, & interim pro domino esse: quod etiam identidem à Veteribus traditum est; *l. 13. §. 1. ad leg. Aquil. l. 15. de interr. in jure fac. l. mortuo 22. de fidejuss. l. hæreditas 34 l. hæreditas 61. de acq. rer. dom.* Ait, *personæ defuncti vicem sustinet*, ut etiam supra *§. 2. de hær. inst.* & disertè Jurisconsulti in *l. non minùs 31. §. 1. de hæred. inst. l. in eo 33. in fin. & l. seq. de acq. rer. dom.* Pomponius tamen contra scripsit: Hæreditatem personam sustinere hæredis, *l. novatio 24. de novat.* Sed hanc pugnam alibi tollimus sub *d. §. 2. de hær. inst.* Ait: *In plerisque*: nimirum quia quædam sunt, in quibus hæreditas vice personæ fungi non potest; quæ proindè nec hæreditati per servum hæreditarium acquiri queunt, qualia sunt, quæ factum operamve personæ desiderant: hæc enim constat, in rem inanimem, qualis est hæreditas, non cadere. Hujus generis res est hæreditas: etsi enim servus hæreditarius rectè hæres instituitur; tamen quis sine jussu domini hæreditatem adeundo nihil agit, hæres expectandus est; *leg. 10. §. leg. 61. de acquir. rer. dom.* Ejusdem generis est ususfructus: ususfructus consistere non potest, nisi sit persona, quæ fruatur; *d. leg. 61. leg. 1. §. 2. quand. dies ususf. leg.* & ideò servus hæreditarius inutiliter usumfructum stipulatur; *leg. usufructus 26. hoc tit.*

Vinnius in Institut.

TEXTUS.

Cui acquirat. De persona, cui stipulatur. De stipulatione impersonali.

1. *Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur; domino acquirit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.*

NOTÆ.

1. *Sive impersonaliter*] ἀπροσώπως, seu indefinitè non comprehensa persona; puta hoc modo: *Centum dare spondes? leg. 1. leg. 15. hoc tit.*

Ex quibus causis.] Repetenda hic est distinctio peculii filiorumfam. tradita & explicata *sup. §. 2. per quas pers.*

COMMENTARIUS.

SErvus stipulando domino acquirit; non tantùm si ipsi domino dari stipuletur; verùm etiam sibi aut conservo suo; quinimò etsi impersonaliter seu indefinitè non comprehensa persona; puta hoc modo; *Centum dare spondes? l. 1. l. 15. hoc tit.*

In liberis, qui in potestate] Filiisfam. ex iis causis, ex quibus patri acquiritur, id est, ex causa profectitii peculii, item adventitii quoad usumfructum stipulantis eadem ratio est, quæ servi; patri ut ex his causis acquirat; propter jus scilicet potestatis, quod hactenus simile herili; *l. stipulatio ista 38. §. hi qui 6. & §. alteri 17. leg. quodcumque 45. pr. & fin. de verb. obl. inst. quod cum eo, qui in al. pot. in pr.* Repetenda hic est distinctio peculii filiifam. tradita & explicata *§. 1. sup. per quas pers. cuiq. acq.* Planè si filius nominatim patri stipuletur; hoc casu etiam ex causa adventitii peculii patri in solidum acquiret: quippe quacumque ex causa ita stipulatur, patri acquirit, non sibi; per se enim sibi acquirere non vult, per patrem non potest; *Dom. ad d. leg. 38. §. alteri 17. num. 25.*

TEXTUS,

De stipulatione facti.

2. *Sed quum factum in stipulatione continebitur; omnimodò persona stipulantis continetur; veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat; ipse enim tantùm prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.*

COMMENTARIUS,

PRoponitur hic per modum exceptionis regulæ initio positæ, quòd cùm servus factum in stipulationem deducit, idque (quod subaudiendum esse exemplum subjectum ostendit) in suam personam confert; in hac stipulatione persona servi, non domini, consideretur. Cæterùm revera nihilominùs valet & subsistit hæc stipulatio ex persona domini: quippè cui obligatio & facti illius emolumentum quæritur; ideòque servum jubendi facere, puta ire agere pro commodo suo; & cui commissa stipulatione, actio in id, quod sua interest, competit. Itaque dicendum est: hactenus tantùm in hujusmodi stipulatione personam servi spectari, ut ipse solus, non etiam dominus ejus ex mente promissoris facti illius exercitium habere debeat; *d. l. 38. §. hi qui 6. & seq. de verb. obl.* Atque hoc sensu alibi dictum est: Ea quæ facti sunt, non transire ad dominum; *l. quis hæredi 44. pr. de cond. & dem.*

Ire agere liceat] In hac stipulatione non jus, sed factum versatur; ideòque persona servi tantùm comprehensa intelligitur, ut is solus ire agere prohiberi non debeat, non etiam dominus ejus; *d. l. 38. §. 6. vers. cum vero*, quamquam servus non ibit agere pro arbitrio suo, sed pro domini, cui illa stipulatione jus quæritur servum transmittendi. Quod si servus viam, vel iter, actum ad fundum domini stipuletur: etiamsi servi non domini persona comprehensa sit; domino jus eundi agendi acquiret: quoniam ea stipulatione non simplex factum, sed jus servitutis continetur; *per l. 17. hoc tit.*

TEXTUS.

De servo communi.

3. *Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione dominii acquirit; nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui eorum stipulatus est; tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest; solidum alteri acquiritur: veluti si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit.*

NOTÆ,

3. *Aut nominatim alicui*] *d. leg. 5. & passim eod. d. §. ult.* Est & alius casus ejusdem naturæ si stipuletur ex re unius; *l. 28. §. 1. eod.*

Unius domini sit] Aut si servitutem ad fundum stipuletur, cùm unus dumtaxat vicinum fundum habeat; *l. 7. in fin. l. 17. eod.*

COMMENTARIUS.

SErvus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis, quàm corpore partes habeant. Et ideò si quid stipulatur, vel quaqua alia ratione acquirit; omnibus acquirit pro ea parte, qua domini sunt verbi causa: Si unus duas partes: alter tertiã dumtaxat habeat; illi commodum stipulationis pro duabus partibus acquiretur; huic pro una; *l. 5. l. 7. hoc tit.* Sed tamen non est hoc perpetuum. Nam primum interest, utrùm hoc modo servus communis stipuletur; *Dominis meis dare spondes?* an expressis propriis dominorum nominibus ita. *L. Titio & C. Sejo dare spondes?* Nam priore quidem stipulatione partes dominicæ debentur; ex posteriore verò viriles: quoniam dominorum vocabula pro demonstratione habentur; *l. si communis 37. hoc tit.* Sed & tres hi casus hic excipiuntur: Si jussu unius ex dominis stipuletur; Si uni tantùm: Si res in stipulationem deducta ad unum tantùm pertinere potest: placetque, his casibus uni illi acquiri in solidum, *d. l. 55. cum aliquot seqq. l. 17. l. si ex re 28 §. 3. eod.* Est & quartus casus ejusdem naturæ. Si stipuletur ex re unius; *l. si alienus 19. junct. d. l. 28. §. 1. eod.* Extra has causas, sive sibi quid dari stipuletur, sive impersonaliter; pro partibus dominicis acquirit. Atque hæc etiam ἀναλόγως ad eum servum transferenda sunt, in quo plures usumfructum habent: item ad hominem liberum & servum alienum, qui à pluribus bona fide possidentur: quatenus scilicet hi ex causa operarum suarum aut re fru-

ctua-

ctuariorum bonæve fidei possessorum stipulantur; *l. 19. cum l. seq. l. 24. l. 32. & leg. seq. §. 1. eod. vid. sup. §. 4. per quas pers. cuiq. acq.*

Jussu unius] Ac proinde hoc casu etiamsi nominatim ei qui jussit stipulatus fuerit; nihilominus tamen huic soli acquiret. Sunt enim hæc duo distincta membra, ejusdemque potestatis est stipulatio jussu unius facta, cujus facta uni nominatim citra jussum. Sed quid si jussu contempto stipuletur alteri nominatim? Apud Vet. res utri acquireret dubium fuit; sed Justinianus *inf. §. ult. per quas pers. obl.* ait. Se hanc controversiam decidisse pro eo qui jussit. Extat Constitutio ejus in *l. ult. C. per quas pers. nob. acq.*

TITULUS XIX.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

Ratio ordinis. Unde sumpta divisio hic proposita: eaque ad bimembrem revocata.

PRæcessere duæ stipulationum divisiones. Quarum prima ducta est à diverso contrahendi modo; unde aliæ puræ; aliæ in diem; aliæ conditionales; *§. 1. sup. de verb. obl.* Altera à diversione materiæ; rebus scilicet & factis; quæ in stipulationem deducuntur; unde aliæ dandi, aliæ faciendi; *§. ult. d. tit.* Profertur hic & tertia, ex *leg. 5. eod.* quòd aliæ sint judiciales; aliæ prætoriæ; aliæ communes tam judiciales, quàm prætoriæ; aliæ conventionales: quæ tamen species non ideò sic distinguuntur, quòd postrema à cæteris differt conventione; sed quòd origine & conventionis causa; ut appareat, distinctionem hanc sumptam esse à causis efficientibus. Nam etsi nulla est stipulatio, quæ non habeat conventionem: non omnes tamen ita habent, ut inde primùm nascantur; sed solæ conventionales, unde etiam hoc nomen acceperunt. Potest hæc divisio commodè revocari ad bimembrem; ut dicamus: stipulationum quasdam esse necessarias; quasdam voluntarias: Necessarias: quæ invitis pro auctoritate Prætoris aut judicis injunguntur. Voluntarias: quæ concipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium; quæ Veteribus dictæ sunt conventionales, eò quòd ex sola conventione partium fiunt; *d. leg. 5. pr. vers. conventionales.*

TEXTUS.

Divisio.

Stipulationum aliæ sunt judiciales; aliæ prætoriæ; aliæ conventionales; aliæ communes tam prætoriæ, quàm judiciales.

1. Judiciales sunt dumtaxat, quæ à mero judicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio; vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio.

NOTÆ.

Alia judiciales, alia Prætoria] Ex Pomp. *l. 5. de verb. obl.*

1. *Quæ à mero judicis officio*] Id est, quas judex pro officio suo interponi jubet: ac proinde his locus non est; nisi post litem contestatam; arg. *l. un. C. de lit. cont. l. 1. C. de judic.* Alio sensu judiciales dicuntur; *l. 1. de stip. prat.* quæ scilicet judicii futuri stabiliendi causa interponuntur; & species sunt prætoriarum.

Veluti de dolo cautio] Puta in actione in rem, vel quod metus causa: nam judex in restituenda re, qua de agitur, caveri jubet dolum malum abesse; *l. 20. l. 45. de rei vind. leg. 9. §. 5. & 7. quod metus ca.* & parere recusantem condemnat in id, quod adversarii interest.

COMMENTARIUS.

1 *Usus stipulationum judicialium; & in his officium judicis.*
2 *Exempla harum stipulationum; & quædam non allegata in textu.*

QUæ à mero judicis officio] Mero, id est, solo; quod additum in definitione, ut removeantur communes: nam prætoriæ etiam eo 1
omisso satis excluduntur. Igitur judiciales stipulationes sunt; quæ à judicis officio proficiscuntur, seu quas judex pro officio suo interponi jubet; ac proinde his locus non est, nisi post litem contestatam; nam tum demum judex quis esse incipit; *l. un. C. de lit. cont. l. 1. C. de judic.* Officium judicis scimus positum esse tum in eo, ut de re in judicium deducta cognoscat: tum ut de ea re sententiam ferat, aut convictum condemnando, aut non convictum absolvendo; *l. qui de re 6. de judic. l. 9. C. eod. leg. 1. de re jud.* Ergo si quis judex lite contestata jubeat aliquid pro officio caveri, & parere recusantem condemnet in id, quod adversarii interest, aut reum absolvat; sciamus, hoc proficisci ab officio judicis, stipulationes que jussu ejus interpositas judiciales nominari, etiamsi Prætor sit, aut alius Magistratus, qui de causa cognoscit: quippe cum in eo non Magistratus, sed

judicis pedanei partibus fungatur. Alio sensu atque hoc loco judiciales dicuntur in *l. 1. de praet. stipul.* nimirum, quae propter judicium interponuntur, ut id ratum sit; seu judicii futuri stabiliendi causa, ut judicatum solvi, & ex operis novi nuntiatione; quae species sunt praetoriarum. Stipulacionum judicialium duae species hic afferuntur; de dolo cautio, in actione in rem vel quod metus causa: nam judex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet, dolum malum abesse; *l. praeterea 20. l. si homo 45. de rei vend. l. 9. §. Iulianus 5. & §. ex hoc 7. quod met. ca.* item de servo persequendo & reddendo, qui in fuga est; *leg. servo legato 54. §. ult. de legat. 1. l. item si 14. §. quod si homo 11. quod met. ca.* Sunt & multae aliae; veluti quae interponuntur officio judicis familiae erciscundae; *l. & puto 16. l. haeredes 25. §. contra 10. famil. ercisc.* itemque officio judicis addicti vendicationibus servitutum; *l. 7. leg 12. si serv. vend.* & alii actionibus.

TEXTUS.

De praetoriis.

2. *Praetoriae sunt, quae à mero Praetoris officio proficiscuntur; veluti damni infecti; vel legatorum. Praetorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in iis etiam contineantur aedilitiae: nam & hae à jurisdictione Praetoris veniunt.*

NOTAE.

2. *Damni infecti, vel legatorum*] Has praetorias esse constat ex *leg. 7. de damn. inf. tit. ut leg. nom. cau. & tit. ut in poss. leg.* ejusdem generis est cautio fructuaria; *l. 7. usuf. qu. cau.* judicatum solvi, ratam rem haberi; *l. 1. §. 1. & 2. de stip. praet. §. 4. & 5. inf. de satisd.*

COMMENTARIUS.

1 *Unde cognoscamur stipulationes praetoriae, earum usus, & varia exempla.*
2 *Quibus in causis locus aedilitiis, & mendum è textu sublatum.*
3 *Distinctio judicialium & praetoriarum, quae aliàs nunc minùs conspicua, ad usum fori hodiernum accommodata.*

1 A *Mero Praetoris officio*] *A mero.* Hoc ad judiciales excludendas supervacuum: sed additum hic itidem, ut excludantur communes. Ab officio Praetoris proficisci dicuntur, quae à jurisdictione veniunt. Hoc ex eo cognoscemus, si extra judicium cautio injungatur, & adversùs recusantem procedatur remediis Magistratus propriis, puta missione in possessionem bonorum ejus, aut denegatione jurisdictionis. Igitur quod hoc loco scriptum est, & *l. 1. §. 3 de stip. praet.* Cautiones, quae praestantur ex causa damni infecti & legatorum servandorum, stipulationes esse praetorias; id hinc intelligimus rectè dici, quoniam extra judicium injunguntur, & nisi caveatur, mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, qui non cavet *l. 7. de damn. inf. tit. ut leg. nom. cau. & tit. ut in possess. leg.* Similiter cautionis judicatum solvi, & ratam scriptum est in *l. 1. §. 1. & 2. de praet. stip.* quia & ipsae lite nondum contestata exiguntur; *§. si verò 5. inf. de satisd. l. Pomponius 40. §. pen. de procur.* & qui illam praestare recusat, eum Praetor non admittit ad alienam defensionem; *§ 4. & 5. inf. de tit.* qui hanc; ei denegatur alieno nomine agere volenti actio; *§. 3. d. tit. l. mutus §. poena 4. de procur.* Ejusdem generis est & cautio fructuaria: nam si usufructus nomine non caveatur, denegatur petitio aut retentio usufructus; *l. 7. usufr. quemadm. cau.* Plures recenset D. Cujac. in *l. 5. de verb. obl.*

Contineantur etiam aedilitiae] Aedilitiae sunt, quibus venditor cavet de morbis & vitiis tertium venalium, puta *Rem morbosam non esse, Servum fugitivum non esse, Errorem non esse*, & de caeteris, quae edicto Aedilium curulium promittuntur; *l. 1. & passim. de edil. edict. l. si ita qui. 31. & l. seq. de evict.* Hae stipulationes omnes proficiscuntur à mero Aedilis officio, quia jubet Aedilis eas interponi sine ullo judicio: ac nisi interponantur, venditorem non condemnat; sed actionem adversùs eum dat ad redhibendum intra duos menses, vel quanti emptoris interfit, intra sex menses; *l. si venditor 28. de edil. edict.* in quo licet agnoscere Aedilis quatenus Aedilis est, id est, magistratus & jus dicentis auctoritatem; *l. 1. de jurisd.* 2

A jurisdictione Praetoris] Vox *Praetoris* abest à *l. 5. de verb. obl.* unde totus hic locus ad verbum descriptus est: & expungendam censeo cum Russard. Baron. Cont. Cujac. Hotom. Etenim aedilitiae stipulationes non possunt dici venire à jurisdictione praetoris cum veniant à jurisdictione Aedilium, quod expressit Theophilus: sed quod de Praetoris tamquam principali specie stipulationum honorarium dicitur; id etiam ad aedilitias rectè refertur: quoniam & hae ab officio jus dicentis veniunt, communemque cum praetoriis originem & causam habent; videlicet jurisdictionem Magistratus. Neque aliud Justinianus hic aut Pomponius in *d. l. 5.* sentiunt. Hodie haec praetoriarum & judicialium stipulationum distinctio minùs conspicua est, postquàm judices à Magistratu dari desierunt, idemque nunc judex, qui Praetor seu Magistratus. Distinguunt verò nunc Interp. inter officium judicis nobile, quod est judicis, qua Magistratus est, & quod vi jurisdictionis atque imperii sui exercet: & mercenarium, quod est ejusdem, qua judex: & nudae notionis, subserviens actioni institutae. Itaque praetoriae stipulationes etiamnum sunt & dici possunt, quae extra judicium aut ante litem contestatam interponi jubentur propter cogendi remedia, *l. 4. de jurisd.* judiciales, quae post litem contestatam instituti judicii promovendi causa. 3

TEXTUS.

De conventionalibus.

3. *Conventionales sunt, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur: hoc est, neque jussu judicis, neque jussu Prætoris; sed ex conventione contrahentium; quarum totidem sunt genera, quot (penè dixerim) rerum contrahendarum.*

COMMENTARIUS.

Ex *conventione utriusque partis*] Pomponius ex conventione eorum, *l. 5. hoc tit.* Ex conventione autem sic accipe: Ex conventione sola nam & cæteræ stipulationes ex conventione partium constant: at non inde solùm proficiscuntur; sed prima earum causa est auctoritas jubentis. Unde existit & hæc differentia: quòd prætoriæ stipulationes ex ipsius Prætoris; conventionales ex mente contrahentium interpretationem accipiunt: *l. 1. §. ult. l. in prætoriis 9. de præt. stip.* & quod in prætoriis, si quid addi, vel detrahi, vel mutari oporteat, id jurisdictionis prætoriæ sit: in cæteris contra; *l. in conventionalibus 52. de verb. obl. l. 1. §. ult. de stip. præt.*

Quot rerum contrahendarum] Id est obligationum seu negotiorum, quæ contrahi possunt. Et ideò necesse non fuit ullam conventionalium stipulationum exempli causa proferre; ut factum in superioribus, quæ non æquè notæ & usitatæ. Illud (*penè dixerim*) tantùm modestiæ causa additum videtur: nullum enim omninò negotium inter homines contrahitur, super quo stipulatio non rectè interponatur.

TEXTUS.

De communibus.

4. *Communes sunt; veluti rem salvam fore pupillo (nam & Prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri: & interdum judex, si aliter hæc res expediri non potest) vel de rato stipulatio.*

NOTÆ.

4. *Et Prætor jubet rem salvam*] Et quidem regulariter: unde etiam hæc cautio inter prætorias numeratur, *l. 1. §. re stip. præt.*

Et interdum judex] Puta si debitor pupilli à tutore conventus demum post litem contestatam cognoverit eum non cavisse, & ad hanc exceptionem confugiat; *arg. l. 3. C. de tut. qui sat. non eod. junct. l. 1. C. de ord. jud.*

De rato stipulatio] Hæc est, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem postulante quæ & ipsa prætoria ferè est; *leg. 1. §. 2. de stip. præt.* Cæterùm si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse cœperit falsum esse procuratorem; rectè judex hanc satisdationem ab eo exigetper *d. l. 1. C. de ord. jud.* Addit Pomp. *l. 5. de verb. obl.* & stipulationem duplæ, qua se venditor cavet *rem vitiosam non esse*, &c. *l. 32. de evict.* assidua dicitur; *l. 31. §. 20. de ædil. ed.* & hæc interdum jussu judicis interponitur, interdum imperio Ædilis; *d. l. 5. de verb. obl.* Cautè hic legendus Th.

Vinnius in Institut.

COMMENTARIUS.

1 *Cur duas stipulationes hic propositas Ulpianus prætorias, & quo sensu quasdam communes appellet.*
2 *Rem pupilli salvam fore quando Prætor cavere jubet, quando judex. Et Theophilus notatus.*
3 *Item quæritur in stipulatione rem ratam haberi.*
4 *An stipulatio duplæ, & quando communis.*

Stipulationes communes sunt, quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate Prætoris aut Ædilis interponuntur; interdum jubente judice; *d. l. 5. in pr. vers. communes.* Hujus generis duæ hic commemorantur, cautio rem pupilli salvam fore; & rem ratam dominum habiturum. *Ulpianus l. 1. §. 2. de stip. præt.* utramque hanc inter prætorias numerat; nimirùm ex potiori, & eo quod regulare est rem æstimans. Quod & nos consideravimus *sup. §. 2.* Apud Pomponium *d. l. 5.* refertur tertia ejusdem generis. Stipulatio duplæ; neque plures, quod sciam (quæ quidem communes eo quo diximus sensu appellentur) occurrunt. Longè enim aliter atque hoc loco communes accipiuntur ab Ulpiano *l. 1. de stip. præt.* nimirum ex prætoriis illæ, quæ & judicii constituendi firmandique causa interponuntur, & simul cautionales sunt, ut instar actionis habent; quales sunt quæ fiunt judicio sistendi causa; *d. l. 1. §. 3.* 1

Rem salvam fore pupillo] Hæc stipulatio regulariter jussu Prætoris interponitur, nullo interveniente judicio aut causæ cognitione, & ni caveat tutor, pignoribus captis aut mulcta indicta coercetur; *sup. in satisd. tut. pr. junct. §. pen. l. 1. de adm. tut.* quorum nihil est judicis, qui nudam duntaxat notionem habet, *l. 5. de re jud. junct. l. 4. de jurisd.* Sed finge: Debitorem pupilli conventum à tutore, post litem contestatam demum inter moras judicii cognovisse non satisdedisse tutorem, atque ad hanc exceptionem confugere, utique audiendus erit, *l. 3. C. de tut. qui sat. non ded.* & officio judicis injungetur stipulatio. Quippe quæ propria Magistratus sunt & jurisdictionis: si de his principaliter agatur, ea si in judicium per consequentiam inciderint, ad judicis cognitionem & officium pertinere incipiunt; *l. 1. C. de ord. jud.* Apertè autem hic lapsus est Theophilus, bonus alioqui & non contemnendus Interpres: qui dum probare cupit, stipulationem rem pupilli salvam fore aliquando judicialem esse, pro judiciali attulit exemplum prætoriæ: ejus nimirum, quæ ante litem contestatam interponi jubetur ab eo, qui de ea re in jus aditus est. Quo casu non 2

poteſt non eſſe prætoria, cum eo tempore nullum adhuc judicium, nullus judex ſit. Eumdemque errorem mox iterum errat in explicatione cautionis de rato. Quod ideò monendum putavi, quia plerique decepti auctoritate viri ſatis habent, lectorem tamquam in re explorata ad eum remittere.

Si aliter hæc res expediri non poteſt] His verbis *hæc res.* perſpicuum eſt non intelligi cautionem ſed judicium ſeu rem, de qua judicio contenditur. Cautio enim ſemper per Prætorem expediri poteſt, ſi ab eo poſtuletur; judicium ve-
3 rò non ſemper, niſi juſſu judicis cautio interponatur.

Vel de rato ſtipulatio] Stipulatio de rato ſeu ratam rem haberi ea eſt, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem poſtulante. Hæc itidem regulariter juſſu Prætoris atque ante litem conteſtatam interponitur. Cæterùm ſi in lite conteſtanda omiſſa ſit: & poſtea certum eſſe cœperit, eum, qui tamquam procurator expertus eſt, falſum procuratorem eſſe rectè poſtulante adverſario hanc judex ſatisdationem ab eo exigit. Nam quod dicitur, in *leg. Pomponius* 10. § *pend. de procur.* Lite ſemel conteſtata, procuratorem ad cautionem ratihabitationis non compelli; id in re incerta, ubi de mandato non plenè conſtat, & aliqua pro procuratore præſumptio eſt, locum habet: quo ſcilicet caſu ante litem conteſtatam etiam reo invito cum cautione admitteretur; *leg. 1. C. de procur.* Neque obſtat regula de exceptionibus dilatoriis, quales ſunt procuratoriæ, poſt litem conteſtatam non opponentis, *leg. 4. Cod. de juriſd. leg. 13. Cod. de procur.* Quippe quæ fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut nullos reddat omnes actus judicii. Cujuſmodi inter alias eſt exceptio falſi procuratoris; *l. licet 12. Cod. de procur. ubi Sichard. num. 2. & 3. Gail. 1. obſ. 47. num. 2.* Pomponius *d. leg. 5. de verb. obl.* communium ſtipulationum numero adſcribit & ſtipulationem duplæ: eamque, ait, vel ab judice venire, vel ab Ædilis edicto id eſt, interdum judicis juſſu interponi, interdum imperio Ædilis. Nam ut edictum ædilium publicum hic interpretemur; neque verba Pomponii patiuntur; quia illud non eſt unius Ædilis, ſed plurium: *L. 1. & paſſim de ædil. edict.* neque ſententia; quod manifeſtè arguit præcedens definitio prætoriarum. Quando igitur hæc ſtipulatio communis? An cùm ob evictionem interponitur? Minimè. Hæc enim petitur actione ordinaria, ſemperque judicialis eſt, numquam ædilitia *tot. tit. de evict.* Sed eſt præter vulgatem illam ob evictionem & alia, quæ ob eas cauſas petitur de quibus edictio Ædilium cavetur, puta rem vitioſam non eſſe, morboſam non eſſe; &c *L. quia dicitur 32. de evict.* ſtipulatio *aſſidua* ab Ulpiano appellatur; *l. quod ſi nolit. 31. §. quia aſſiduo 20. de ædil. edict.* De his rebus qui ſibi duplam promitti poſtulat; is, adverſario recuſante aut agit ex empto præcisè ad duplam, qua parte judicialis eſt: aut redhibitoria; & hic eſt ædilitia, quia poſt litem conteſtatam numquam interponitur. *Don. in d. l. 5. pr. n. 27. & 28.*

TITULUS XX.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

C. Lib. 8. Tit. 39.

Continuatio, Quot modis accidat, ut inutilis ſit ſtipulatio.

HActenus viſum: quomodò verborum obligatio rectè contrahatur, ſtipulationeſque utiliter concipiantur. Sequuntur contraria; ea videlicet, quæ ſtipulationem vitiant, eamque inanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio etſi ad cæteras quoque conventiones & obligationes pertinet; non malè tamen hoc loco inſtituitur, ut in argumento communi: quippè cum, ut initio *tit. de verb. obl.* dictum eſt, ſtipulationes inventæ ſunt cæterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia; & ideò ferè noviſſima parte cujuſvis negotii ſubjici ſoleant. Ut vitioſa ſit atque inutilis ſtipulatio, multis modis accidit. Quædam enim inutiles ſunt propter materiam ſeu rem in obligationem deductam: quædam propter defectum cauſæ efficientis, aut qualitatem perſonæ ſtipulantis promittentiſve: aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ ferè ſumma eſt eorum, quæ hoc tit. explicantur. Ex his autem caſus ſit, ut ſtipulatio ipſo jure ſit inutilis, ita ut nec actionem producat, Quibuſdam etiam modis ſit, ut inutilis ſit non ipſo jure, ſed ut ex ea agens exceptione ſubmoveatur; *inf. de except.*

TEXTUS.

De his quæ ſunt in commercio.

Omnis res, quæ dominio noſtro ſubjicitur, in ſtipulationem deduci poteſt; ſive ea mobilis ſit; ſive ſoli.

NOTÆ.

Dominio ſubjicitur] Id eſt ſubjici poteſt, aut ſolet, ὑποπίπτειν δύναται, Th. verba enim in diſciplinis potentialiter accipiuntur.

COM-

COMMENTARIUS.

D*ominio nostrò subjicitur*] Id est, subjici potest. Nam & ea, quæ nondum in dominium nostrum pervenerunt, atque adeò quæ nondum sunt, in stipulationem deduci possunt; veluti frumenta; quæ in herbis sunt, fructus fundi partus ancillæ; *l. interdum 73. l. ult. autem 75. §. illud 4. de verb. obl. §. ea. quoque 7. sup. de leg.*

Sive mobilis sit, sive soli] Potuit adjungi: *sive ea corporalis sit; sive incorporalis.* Nam & jura in stipulationem rectè deducuntur, veluti usufructus & servitutes prædiorum; *§. 1. sup. de usufr. §. ult. de serv. l. præd.* Quin etiam non modò res in stipulationem utiliter deducuntur; verùm etiam facta, ut superiùs docuimus sub *§. ult. de verb. obl.*

TEXTUS.

De his quæ non sunt.

1. *At si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit: veluti Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebat; aut Hippocentaurum, qui esse non possit; inutilis erit stipulatio.*

NOTÆ.

1. *Aut esse non potest*] Particula disjunctiva *Aut* posita videtur pro conjunctiva, ut interdum solet; *leg. 53. de verb. sign.* Nam v. c. fructus futuri rectè in stipulationem deducuntur; *l. 73. verb. obl.*

Hippocentaurum] Lucret. *lib. 5.* Sen. *Epist. 58.* Cic. *2. de nat. Deor. Quis*, inquit *Hippocentaurum fuisse credat?* Plinius tamen fuisse tradit *lib. 7. cap. 3.*

Inutilis erit stipulatio] *d. l. 1. §. 9. de obl. & act.* adeò ut nec æstimatio debeatur; nec pœna eo nomine promissa committatur; *leg. 69. l. 103. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1 *Canones, qui observandi circa materiam stipulationum: tum consectaria inde deducta.*
2 *Quid si in stipulatum deducta res, quæ esse desiit.*
3 *Quid si quæ nec est, nec umquam fuit: ubi de Hippocentauris.*

1 HOc §. *& seq.* docetur: quibus modis fiat ut inutilis fit stipulatio propter id, quod in eâ deductum est. Quæ res ut perfectiùs intelligatur duo hi canones priùs nobis observandi sunt 1. Ut valeat stipulatio, necesse esse, ut id quod in eam deductum est, dari aut fieri per rerum naturam aut leges possit: Ut intelligatur, quid illud sit, & quam utilitatem afferat stipulatori. Hinc jam apparet, duobus modis in universum fieri, ut ratione materiæ inutilis fit stipulatio: Si dari fierive natura aut jure non potest, quod promissum est; *l. si stipul. 35. de verb. obl.* eòque pertinet regula juris; *l. impossibilium 185. de reg. jur.* si propter incertitudinem non potest intelligi quid sit, & quam habeat utilitatem; *l. triticum 94. l. ita stipulatus 115. de tit.* Quando in stipulatione faciendi hoc accidit; videbimus *inf. sub §. quod turpe 23.* Rerum, quæ dari non possunt, tria ferè sunt genera; quæ non sunt in rerum natura nec esse possunt; quæ commercio sunt exemptæ; quæ stipulatoris sunt propriæ; *leg. 1. §. si id quod 9. & §. seqq. de obl. & act.* De primo genere agitur hoc §. de reliquis §. seq. Incertitudinis, quæ stipulationem vitiat, exempla habemus in *d. l. triticum 94. & d. leg. ita stipulatus 115. pr. de verb. obl.*

Quod in rerum natura non est] Primum genus rerum, quę dari non possunt, ac proinde inutiliter in stipulationem deducuntur, earum rerum est quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura. Id iterum in duas abit species. Nam harum rerum aliæ fuerunt; sed desierunt esse; aliæ ne fuerunt quidem umquam. Illarum numero sunt, homo mortuus, ædes deustæ; &c. *l. 1. §. si id quod 9. de obl. & act. l. homo 69. de verb. obl.* Quòd autem harum rerum stipulationem inutilem esse dicimus, hoc eo maximè spectat, ut intelligamus, nec æstimationem earum deberi; *l. liber homo 103. de verb. obl. §. 4. sup. de legat.* nec pœnam eo nomine 2
promissam committi; *d. l. si homo 69. de verb. obl.* Planè si res, quæ dari poterat, ab initio in obligationem deducta culpa debitoris dari posse desierit: aut si is in re præstanda moram fecerit; placet, creditorem eas res quamvis extinctas utiliter adhuc stipulari; *l. inter stipulationem 83. §. pen. eod.* quoniam culpa & mora debitoris obligatio- 3
nem perpetuant; *l. si ex legat. 13. l. si servum 91. §. 3. eod.*

Hippocentaurum qui esse non possit] Exemplum rerum, quæ ita non sunt, ut nec umquam fuerint Cic. *2. de nat. Deor. Quis*, inquit, *Hippocentaurum aut Chimeram fuisse putat?* Lucret. *lib. 5.*

Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in ullo.
Esse queat duplici natura & corpore bino.
Ex alienigenis membris compacta potestas.

Stoici apud Senecam Epist. 58. *In rerum*, inquiunt *natura quædam non sunt. Et hæc autem, quæ non sunt, rerum natura complectitur, quæ animo succurrunt tamquam Centauri Gigantes, & quicquid aliud falsa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habet substantiam.* Plinius tamen *lib. 7. c. 3.* testatur, Claudium Cæsarem scribere, Hippocentaurum in Thessalia natum eodem die interiisse. *Et nos*, inquit *principatu ejus allatum illi ex Ægypto in melle vidimus.* Cæterùm ut hoc verum sit: tamen quia portenta & monstra hæc sunt etiam naturæ quodam peccato

genita; eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui idem & Hippocentauri dicti, populi fuere Thessaliæ juxta Pelion montem, anteriore corporis parte (ut Poetæ fabulantur) hominum; posteriore equorum effigiem referentes. Fabulæ occasionem præbuit, quod Centauri primi equitarunt non sine horrendo vicinorum populorum spectaculo, à quibus primum conspecti equis insidentes crediti sunt habere membra partim humana, partim equina. Idem Indis occidentalibus patrum nostrorum memoria evenit.

TEXTUS.

De his, quæ non sunt in commercio.

2. *Idem juris est, si rem sacram, aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel publicam, quæ casibus populi perpetuo exposita sit, in formam, vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cujus commercium non habuerit, vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica in privatam deduci, & ex libero servus fieri potest, & commercium adipisci stipulatio potest, sed protinus inutilis est. Item contra: licèt initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit; extinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit:* Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes? *& similia. Quæ enim natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.*

NOTÆ.

2. *Humani juris esse credebat*] Et multò magis si sciebat eam humani juris non esse arg. *l. 31. de obl. & act.*

Nec rem suam dari] *l. 82. de verb. obl. l. 1. §. 10. de obl. act.* cui consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sed pretium rei meæ rectè stipulor, & rem meam mihi restitui; *d. l. 82.*

Protinus inutilis] Protinus, id est, statim, *ἀθρόως ἀπαχρῆμα*. Huc pertinet regula: *Quod initio vitiosum est, &c. l. 29. de reg. jur.*

Licèt initio utiliter] *leg. 51. l. 83. §. 5. de verb. obl.* sunt hæc exempla regulæ, quæ definit: Etiam ea, quæ rectè gesta sunt, resolvi si in eum casum inciderint, à quo non poterant incipere; *l. pen. §. ult. eod. l. 11. de servit.*

Sine facto promissoris] Secus est, si facto aut culpa promissoris res commercio exempta; *d. l. 83. §. 5.* aut postquam moram in ea præstanda fecisset; *l. 23. l. 91. pr. & §. 3. eod.*

Quæ natura sui] Aliud juris est in his, quæ per accidens non possunt acquiri, puta quia stipulationis sunt, *l. 31. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1 *Genera rerum, quæ non sunt in commercio.*
2 *Etiam earum rerum, quarum nullum omnino commercium est, stipulationem prorsus inutilem esse.*
3 *Quid si stipulator sciat, rem non esse in commercio.*
4 *Quid si ille ignoret, promissor sciat.*
5 *Quando earum rerum, quæ secundum quid extra commercium, stipulatio utilis aut inutilis.*
6 *De stipulatione rei nostræ.*
7 *Ampliatio regulæ initio positæ.*
8 *Ampliatio secunda.*
9 *Quid si columna promissa facto alieno ædibus juncta.*
10 *Dissensio veterum circa casum, quo res initio rectè promissa, deinde commercio exempta, postea rursus dari posse capit.*
11 *Restrictio ampliationis secundæ.*
12 *Ampliatio tertia, ejusque restrictio.*

SEcundum genus rerum, quæ dari non possunt, 1
est earum, quæ sunt quidem in rerum natura, sed non sunt in commercio hominum. Hujus autem generis quæ sunt; earum quædam conditione sua & absolutè commercio exemptæ; ut res divini juris; publicæ; homo liber: quædam certo respectu; qui vel est in rebus ipsis, cùm alioqui natura sua sint in commercio; quales sunt verbi causa columnæ; marmora ædificiis juncta; vel in personis contrahentium; puta si vel stipulator; vel promissor commercium non habeat, cùm alii habeant. Sunt enim quædam quorumdam hominum commerciis exempta; ut prædia Ecclesias habentia Hæreticis; mancipia Christiana iisdem & Judæis; *l. si quis 10. C. de heret. tit. C. ne Christ. manc. heret.* Enim verò non omnia hæc stipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant: estque in singulis, quid seorsum considerandum.

Si rem sacram, &c.] Quarum rerum nullum omnino commercium est, eæ in stipulationem deductæ perinde eam vitiant: ut illæ, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura; *l. 1. §. si id quod 9. de obl. & act. l. si stipulor. 33. l. inter 83. §. sacram 5. l. liber homo 103. de verb. obl.* Quamobrem neque hoc casu magis, quàm superiore aut æstimatio debebitur, aut pœna promissa peti poterit; *d. l. liber homo, l. si homo 69. eod. l. eum servum 39. §. ult. de legat. 1. §. 4. sup. de legat.* quod etiam hoc ipso satis significatur, quòd ejusmodi stipulatio dicitur esse inutilis, idemque juris hoc esse, quod foret, Si res promissa nec esse posset in rerum natura. Neque enim inutilis stipulatio dici potest, ex qua aliquid debetur; & maximè si pro re debeatur æstimatio. Diversum omnino est, si quis ædem sacram aut locum religiosum ædificari stipulatus fuerit; hic enim in stipulationem deducitur, quod & natura fieri potest, & jure facere licet; *l. stipulatio 38. §. ult. de verb. obl.*

Quam humani juris esse credebat] Eodem modo mox *Quem servum esse credebat*. Uti & §. praeced. *Quem vivere credebat*. Et similiter Cajus *l. 1. §. si id quod si de obl. & act.* An ergo si sciebat stipu-
3 lator rem esse divini juris, hominem liberum esse, &c. valebit stipulatio? Quidam putaverunt valere saltem ad hoc, ut stipulator consequatur quod sua interest; ut frustra ea verba hic & apud Cajum expressa videantur. Sed rectè Vvesembecius respondet: Verba ista addita esse, propterea quòd in ignorante major est causa dubitandi, an non saltem aestimatio, aut id quod interest, peti posset: in sciente enim vix esse potest; quoniam rum non modò ratione materiae, verùm etiam causae efficientis, seu propter defectum consensus, harum rerum stipulatio nullius momenti est; *arg. l. non solum 31. de obl. & act.* & maximè si etiam promissor sciverit; *l. domum 37. §. ult. de contr. empt.* Sed quid si solus stipulator conditionem rei ignoret, promissor sciat; an non saltem propter dolum promissoris dabitur stipulatori actio in id, quod sua interest deceptum non esse? Adhuc dicendum videtur: non dari, siquidem in locis om-
4 nibus, ubi de stipulatione rerum, quae in commercio non sunt, agitur, simpliciter pronunciatur: inutilem eam esse & nullius momenti. Emptionis alia causa est, nam etsi nec emptio hominis liberi, loci sacri aut religiosi, hactenus teneat, ut res ipsae debeantur, aut peti possint; tamen si haec pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat, aut dumtaxat venditor sciat, emptor ignoret; placet: emptionem eatenus saltem consistere, ut emptor actione ex empto vel pretium recipiat, vel consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur; *l. 4. l. qui officii 62. §. 1. l. liberi 70. de contr. empt. §. ult. inf. de empt. & vend.* Planè si ex causa onerosa stipulatio interposita sit; putarem cum Jo. Fab. in causa proposita nomine doli adversùs promissorem agi posse.

5 *Quae usibus populi*] Quae in usu publico habentur. Additum ad differentiam eorum, quae sunt in pecunia seu patrimonio populi aut Principis: *l. 6. §. pacta 72. §. ult. de cont. empt.* quae quidem & ipsa publica dicuntur; *l. quod in littore 14. de acq. rer. dom. l. bona 15. cum 2. seq. de verb. sign.* nimirum propter personam possidentis: caeterum usu & jure, quo habentur, privata sunt atque in commercio; *l. 2. §. hoc interdictum 4. ne quid in loc. publ.*

Cujus commercium non habuerit] Etiam earum rerum, quae secundùm quid extra commercium sunt, stipulatio inutilis, sed non semper. Inutilis; si vel propter rem impedimentum objiciatur, veluti si quis ea stipuletur, quae aedibus juncta sunt: quoniam ea eximi & praestari Senatus vetuit; *l. caetera 41. de legat. 1.* Et igitur cùm etiam hoc casu res ipsa non debeatur; nec debebitur rei aestimatio, quae promissa non est: quod tamen non puto esse perpetuum, sed exemplo legati harum rerum aliquando etiam ex stipulatione aestimationem peti posse; *d. l. caetera, §. si duobus 4.* vel propter personam stipulatoris, quod ille rei commercium non habet; veluti si Judaeus mancipium Christianum dari stipuletur: hoc enim casu non magis utilis stipulatio, quàm si res simpliciter atque in totum commercio exempta sit; *hoc textu l. multum 34. de verb. obl.* Quòd si stipulator commercium habeat, licèt promissor non habeat; placet stipulationem valere; *d. l. 34.* quippè posteriore hoc casu praestatio rei non est promissori impossibilis.
Nam etsi ipse rem, quam promisit, habere, possi- 6
dere non potest, nihil tamen prohibet, quominùs eam sic comparet, ut non sibi habeat, sed statim ei praestet, cui jus est eam habere; *arg. l. aliud 71. de verb. sign.* atque eadem hac ratione defenditur legatum rei, cujus haeres commercium non habet modò legatarius habeat; *l. mortuo 49. §. sed Proculus 3. de leg. 2.* de quo plura scripsimus *ad §. non solum 4. sup. de legat.*

Vel rem suam] Tertium genus rerum, quae dari nobis non possunt, sunt res nostrae: quod enim nostrum est, id nobis dari aut amplius nostrum fieri non potest; *§. sic itaque 14. inf. de act.* Nemo igitur rem suam sibi dari utiliter stipulatur; *l. nemo 82. de verb. obl. l. 1. §. nec minus 10. de obl. & act.* Cui item consequens est: nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sanè rem nostram nobis restitui, cum etiam pretium rei nostrae nobis dari utiliter stipulamur; *d. l. nemo.* Sed & rem furtivam dominum à fure rectè stipulari placet, modò tanquam furtivam stipuletur; *l. scire 29. §. ultim. de verb. obl.* cujus rei ratio petenda ex *d. §. sic itaque, inf. de act.*

Nec in pendenti, &c.] Sequuntur aliquot ampliationes; quae tamen non pariter ad omnes superiores species pertinent. Prima significatur hoc vers. & apud Paulum *l. inter 83. §. sacram. verb. quamvis sacra profana fieri, &c. de verb. obl.* estque 7
haec: Quòd etsi res sacra profana, publica privata, homo liber servus factus sit, nihilò magis stipulatio vires habeat aut sumat, vetante nimirum regula Catoniana, Quod initio vitiosum est tractu temporis convalescere. Quae regula ad stipulationes quoque translata est *arg. l. caetera 41. §. 1. de legat. l. quod initio 22. de reg. jur.* Ergo nec si stipulator postea rei commercium nactus fuerit, stipulatio convalescet, nec si sua res stipulatoris esse desierit; *hoc text.* nec si juncta aedibus postea fuerint separata; *d. l. caetera, §. 1.*

Licèt initio utiliter, &c.] Ampliatio secunda Non solum inutilis est stipulatio, in quam ab initio res, quae commercio exemptae sunt, aut aliàs dari non possunt, deducuntur, sed etiam si quid rectè atque utiliter promissum postea in talem causam sine facto promissoris devenerit; placet, stipulationem extingui, & dissolvi obligationem,
licet ab initio rectè contracta sit; ut puta, stipu- 8
latus sum rem profanam aut Stichum mihi dari: ea res postea sacra, aut Stichus liber esse coepit sine facto promissoris, placet, eum liberari, & tacitè, quod eventu praestatio facta sit impossibilis, *d. l. inter, §. sacram. vers. nam & cum, l. is qui 91. de verb. obl.* Suntque haec exempla regulae, quae definit: Etiam ea, quae rectè gesta sunt, resol-

vi, si in eum casum inciderunt, in quo non pote-
rant incidere; *l. 11. de servit. l. pen. §. ult. de verb.*
ob. vid. notata sub §. *ex contrario 14. sup. de legat.*
Eadem ratione & stipulatio rei alienæ perimitur,
si res antequam traderetur, ex alia causa jam fa-
cta sit stipulatoris: sed hoc ita, si utraque causa
fuerit lucrativa, non si altera onerosa; *d. l. inter §.*
6. l. omnes debitores 17. de obl. & act. rationem di-
9 versi juris reddidi sub §. *si res 6. sup. de leg.* Quid
si columna promissa facto alieno juncta sit ædi-
bus? Non putarem, hoc casu stipulationem eva-
nescere; *l. cætera 14. §. si duobus 4. de legat.* 1. De
illo inter veteres non convenit: si res initio rectè
10 promissa, deinde commercio hominum exempta,
rursum mutata conditione cœpit dari posse velu-
ti si servus liber factus in servitutem reciderit; an
obligatio, quæ semel sublata fuit, restituatur. Cel-
sus censuit restitui, magisque esse, ut propter im-
pedimentum interveniens cessasse videri debeat
obligatio, quàm penitus extinctam fuisse. Sed hæc
Celsi sententia admissa non est, crebriùsque pla-
cuit: obligationem non restitui, utpote semel pe-
nitus sublatam quemadmodum enim homo mor-
tuus vitę restitui non potest, ita nec in perpetuum
extinctam obligationem posse resuscitari; *d. l. in-*
ter, §. sacram vers. nec revocamus l. qui res 98 §.
aream. 8. de solut. quibus locis etiam Celsi argu-
mentis occurritur. Eadem dissensio circa ser-
vum legatum interim manumissum, & posteà ser-
vum iterum factum, inter Celsum & alios fuisse
videtur; *l. si chorus 79. §. ult. de legat. 3. junct. l. ser-*
vus 27. §. 1. de admin. legat. quos tamen locos di-
stinctione conciliare nititur *Don. in d. l. inter. §.*
sacrum n. 8.

11 *Sine facto promissoris*] *d. l. inter. §. 5.* Additum ideò: quoniam si per promissorem factum sit, ut res dari posse desierit, veluti si servum promissum manumiserit, locum promissum religiosum aut publicum fieri passus sit; non extinguitur stipulatio, nec magis debitor liberatur, quàm si servum promissum occidisset. Itaque ne dolus aut culpa ejus adversario noceat, cùm res ipsa præstari non possit, præstabitur æstimatio. Idemque est, si postquàm debitor in re præstanda moram fecit, ea perempta aut commercio exempta sit: quoties enim aut culpa aut mora debitoris intervenit; placet, obligationem continuari, id est, ex eo tempore perinde perpetuò eum teneri, ac si res adhuc extaret; *leg. 23. l. servum 91. pr. & §. 3. de verb. obl.*

12 *Lucium Titium cum servus erit*] Ampliatio tertia. Rem commercio exemptam non tantum purè inutiliter stipulamur, sed etiam sub conditione: licèt nominatim in eum casum nobis caveamus, si dari posse cœperit. Itaque improbata est etiam hujusmodi stipulatio: *Illum, cum servus erit, dare spondes?* item: *Eum locum, cum ex sacro profanus esse cœperit, dare spondes?* Nimirum quia nec præsentis temporis obligationem recipit, & ea dũtaxat, quæ natura sui possibilia sunt, in obligationem deduci possunt. Sed & mali omnis causa istiusmodi stipulationem detestamur: quoniam non solet ea mutatio contingere sine interitu civitatis; quod Paulus *d. l. inter, §. sacram.* & Pomponius, *l. si in emptione 34. §. 2. de contr. empt.* declarant sub persona liberi hominis sub cõditione promissi. Enim verò hęc ampliatio pertinet dumtaxat ad stipulationes earum rerum, quæ absolutè & natura sua commercio exemptæ sunt; ad eas res non pertinet, quæ cùm per se sint in commercio, nunc tamen non sunt propter impedimentum aliquod extrinsecùs accedens & temporarium. Etenim, quæ ædibus juncta sunt, sub conditione stipulari non prohibentur, cùm & sub conditione legari possint; *d. l. cætera 41. §. 1. de legat.* Sed nec pertinet ad stipulationem rei nostræ. Quippe & hanc sub conditione rectè stipulamur, ut stipulatio teneat, si tempore existentis conditionis nostra non sit, *l. si rem 31. l. existimo 98. de verb. obl. d. l. cætera 41. §. 1. de legat. 1. l. existimo 61. de contr. empt.* Neque enim quò minùs hoc fiat, aut regula Catoniana impedit, quæ ad conditionalia non pertinet; *d. l. cætera §. 1.* aut vitium rei, quod nullum est: potestque ea mutato interim domino nobis præstari, nec incivile est hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc sententia dubitatione; ut apparet ex *d. l. existimo de verb. obl.* Illud ei adversari videtur, quòd etiam conditionales stipulationes ex præsenti vires accipere traditur; *l. ususfructus 26. de stip. serv.* & generaliter in omni stipulatione id tempus spectari, quo contrahimus, *l. filiusfam. 78. de verb. obl.* Sed hoc rectè dicitur, cum de persona stipulantis agitur, aut ejus, cui inde acquiritur, ad res quæ in stipulationem deducuntur, non pertinet. Unde enim statum capiat stipulatio, necesse est, eum, qui stipulatur, sive purè stipuletur, sive sub conditione stipulandi capacem esse: eademque ratio ejus, cui ex stipulatione acquiri volumus. At rei, quæ usibus hominum non exempta in stipulationem deducitur, præstatio & obligatio in eventum differri potest, ut ante illum eventum neque peti possit, neque quicquam debeatur; *l. cedere diem 213. de verb. sign.* sed tantùm spes sit, debitum iri, quàm in hæredem transmittamus; *§. sub conditione sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

De facto vel datione alterius.

3. *Si quis alium daturum facturumve quid promiserit; non obligabitur: veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quòd si effecturum se ut Titius daret spoponderit; obligatur.*

NOTÆ.

3. *Non obligabitur*] Quia de se non promittit, *dict. l. 83. pr.* nec alium obligat, quia nemo ex contractu alterius obligari potest, *l. 3. C. ne ux. pro mar.*

Si effecturum se] Aut se curaturum, *dict. l. 83.* quippe qua stipulatione non tam factum alienum

quàm

quàm proprium promissoris continetur. Occurrunt etiam exempla, in quibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur; *l. 14. §. 2. de pec. const. l. 38. pr. l. 11. l. 81. p. eod. & tit. rem rat. hab.*

Commentarius.

1 *Cur qui in alium daturum, &c. promittit, neque ipse obligetur, neque alium obliget.*
2 *De eo, qui se curaturum promittit, ut alius det.*
3 *Interdum qui factum alienum promittit, etiam sine expressione istorum verborum obligari: & moribus hodiernis semper.*

Qui alium daturum aut facturum promittit;
1 neque ipse obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifesta est, quia nemo ex contractu alterius obligari potest; *l. 5. C. ne ux. pro mar.* Cur ipse non obligetur; duæ causæ sunt: una; quia non consentit, ut det aut faciat: altera; quia etsi proponamus eum dare aut facere velle, tamen verbis id non promittit: quorum utrumque per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est ad impediendum verborum obligationem. De se igitur quemque promittere oportet, si eum obligari volumus; *d. l. inter 83. in pr. de verb. obl.* Sed an non saltem hactenus eum, qui alium daturum aut facturum promisit, obligari dicimus, ut curare debeat, ut illic alius det, aut faciat? Dicendum est: de hactenus quidem eum obligari; alioqui stipulatio hæc non esset inutilis: sed factum alienum utiliter promitteretur, contra quàm in universum definit Hermogen. *l. sicut 65. de fidejussor.* & Ulpian. *l. stipulatio 38. in pr. de verb. obl.*

Qui effecturum se] Aut *se curaturum*, ut aliis
2 det; *d. l. inter. 83. pr. eod.* quippe hac stipulatione non tam factum alienum, quàm proprium promissoris continetur: qui ob id in tantum tenebitur, quantum ut alter daret curaturum se promisit; *per l. si hæres 73. de legat. 1.* aut si promiserit curaturum se, ut alius aliquid faciat; tenebitur in id quod stipulatoris intererit. Communiter receptum tradit Wesembecius: promissorem liberari, si omnem diligentiam adhibuerit ad rem conficiendam, nec profecerit; quasi hoc solum promisisse intelligatur: ut proinde non alter conveniri possit, quàm si negligentia aut culpa ejus arguatur; allegans *Bart. cons. 236. Boer. decis. n. 16. Schurff. cons. 15. cent. 1.* textus tamen omnes indistincté loquuntur, *vid. D. Bronch. 4 assert. 40. Ant. Fab. Cod. for. de contr. stipulation. de fin. 19.* Interdum sané qui factum alienum promittit obligatur, quamvis verbis non exprimat, *se effecturum* aut *curaturum &c.* quasi tacitè id actum videatur considerata qualitate negotii; veluti si quis promittat, certam personam pro se fidejussuram esse *l. qui autem 14. §. 2. de pec. const.* item si procurator, de cujus mandato dubitatur, promiserit, rem ratum dominum habiturum; *tot. titul. rat. rem hab.* Estque posterior hæc stipulatio prætoria: ac proinde ut reliquæ ejusdem generis legem & interpretationem recipit de mente Prætoris; *l. in conventionalib. 52. de verb. obl. 9. de stip. præt.* Similia exempla occurrunt *in l. stipul. 38. in pr. l. quotiens 81. l. inter. 83. pr. de verb. obl.* in quibus omnibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur. Qui promisit, *se facturum*, ut decem dentur; ipse dare cogitur, nec liberatur dando expromissorem; *l. si hæres 73. de legat. 1.* At qui *curaturum se*, ut decem dentur promittit, placet, eum liberari alium reum locupletem dando; *l. ult. §. 1. de reb. cred. l. illa stipulatio 67. §. 1. de verb. obl.* Curare enim non tantùm numerare est, sed etiam delegare alium, qui adnumeret. Facere dandi significationem in proposito habet; *Cujac. ad d. l. 67.* Nostris & multorum aliorum moribus, qui factum alienum promittit, tacitè intelligitur promittere se curaturum aut effecturum, ut alius det aut faciat; *Grot. 3. introduct. cap. 3 Gotis advers. tract. 3. cap. 3. n. 10.* convenienter æquitati juris Canonici; *Covar. in cap. quamvis de pact. in 6. p. 2. §. 5. n. 8. Cyprian. hic cens. Belg.*

Textus.

De eo, in quem confertur obligatio, vel solutio.

4. *Si quis alii, quàm ei, cujus juri subjectus est, stipulatur; nihil agit. Plané solutio etiam in extraneam personam conferri potest; veluti si quis ita stipuletur:* Mihi, aut Sejo dare spondes? *ut obligatio quidem stipulatori acquiratur; solvi tamen Seio etiam invito eo rectè possit, ut liberatio ipso jure contingat: sed ille adversùs Sejum habeat mandati actionem. Quòd si quis sibi & alii, cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est; valet quidem stipulatio. Sed utrùm totum debeatur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an verò pars dimidia; dubitatum est. Sed placuit: non plus, quàm dimidiam partem ei acquiri. Ei verò, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis; sibi acquiris: quia vox* 1 *tua tamquam filii intelligitur in his rebus, quæ sibi acquiri possunt.*

Notæ.

4. *Quàm ei, cujus juris subjectus*] Patri sc. aut domino, *l. 38. §. 17. l. 45. de verb. oblig. sup. de stip. serv. & inf. per quas pers. nob. obl.*

Nihil agit] Nec sibi acquirit: quia hoc actum non est: nec alteri; quia hoc repugnat fini omnium obligationum; *d. l. 38. §. 17. & inf. eod. §. 18. l. 11. de obl. act.*

Mihi aut Sejo] Disjunctim *d. l.* Aliud servatur si conjunctim, *Mihi & Sejo*; ut mox sequitur.

Etiam

Etiam invito eo] Stipulatore scilicet. Cæterum hæc potestas adjecto solvendi, lite contestata intercidit; *l. 16. de fideicom. l. 57. §. 1. de solut.* aut statu ejus in casum deteriorem mutato; *leg. 38. dict. cap. junct. l. 56. §. 2. de verb. oblig.* nec ipse petere, nec novare, nec acceptum ferre potest: quia obligatio soli acquiritur stipulatori; *l. 10. de solut.*

Non plusquàm dimidiam] Quia una decem communiter in hac stipulatione comprehenduntur; *l. 56. pr. de verb. oblig.* Unde nec quod extraneo inutiliter stipulatus est, partem ejus auget; *dict. l. 10.* nec quod sibi inutiliter adjectione inutili vitiatur; *l. 1. §. pen. eod. c. utile de reg. jur. in 6.*

Vox sua tamquam filii] Patris & filii; persona penè eadem; *leg. ultim. Cod. de impub. & al. subst.* Est enim filius veluti portio patris; Arist. *magn. mor. 34.*

Quæ sibi acquiri possunt] Non ergo si quid pater stipuletur ex causa castrensis peculii; *l. 39. de verb. obl.* aut si factum in personam filii conferat; *l. 130. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui alteri stipulatur, emit, conducit, &c. nec sibi nec alteri obligationem acquirere.*
2 *Quæ cautiones his adhibendæ.*
3 *An Tabellaris stipulando alteri acquirant: & quid juris hodie.*
4 *Quibus in causis admissum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur, præter casus n. 2.*
5 *Quid stipulatio solutione in alium collata tribuat stipulatori.*
6 *Quid adjectio solutionis causa.*
7 *Quid permittat promissori; & quem liberationis modum faciat.*
8 *Quid si adjectus statum mutaverit.*
9 *Quid juris, si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur, tum ratione rerum, tum adjectis.*
10 *An in contractibus locus sit juri accrescendi.*
11 *De patre stipulante filio, sive quem in potestate habet, sive emancipato.*

1 QUemadmodum nemo alium daturum facturumve promittens, aut ipse obligatur, aut alium obligat; ita nec alteri stipulando, aut sibi aut alteri obligationem acquirit; *l. stipulatio 38. §. alteri 17. de verb. obl. l. 3. C. de contr. stip. §. alteri 18. inf. hoc tit.* Non sibi: quia hoc actum non est, nec persona ejus stipulatione comprehensa. Non alteri: quia repugnat fini stipulationum & obligationum; utpotè quæ ad hoc omnes comparatæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest: ut verò alteri detur, nihil interest nostra; *d. l. stipulatio §. alteri.* Neque hoc ad stipulationes tantùm pertinet, sed ad cæteras quoque conventiones; *§. pen. supr. per quas person. l. si ita 126. §. 2. vers. respondit, de verb. obl. l. solutum 11. §. pen. de pign. act. leg. quo tutela 73. in fin. de reg. jur.* In summa, ut Paulus scribit: *Quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant* (id est, ut nunc vulgò loquuntur, nisi in persona nostra radicentur) *inanem actum nostrum efficiunt: & ideò*, inquit, *neque stipulari, neque emere vendere, contrahere, ut alter suo nomine rectè agat, possumus; l. quæcumque 12. de obl. & act.* Verùm hic cautiones quædam adhibendæ sunt. Primum
enim quod dicitur: Neminem stipulando alteri 2
obligationem aut actionem acquirere posse; de persona extranea intelligendum est, & sic temperandum: nisi ille alter, in quem stipulatio confertur, fictione juris eadem persona cum stipulatore habeat, quo in numero sunt tum ii, quorum in potestate sumus, tum hæredes nostri. Planè enim quod servus domino, filiusfam. patri stipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur; *hoc text. in pr. d. l. stipulatio §. alteri, l. quodcumque 55. de verb. obl. sup. tit. de stip. serv. & infr. per quas person. nob. obl.* Sed & hæredibus nostris paciscendo & stipulando quidvis acquirimus; *d. l. stipulatio §. sed si 42. & §. 14. de verb. obl. l. avus 33. de pact.* nec tantùm cum nobis simul & hæredibus nostris stipulamur, sed etiam cum hæredibus solis: utique jure novo ut actio ab hæredibus incipiat; *l. unic. C. ut act. ad hæred.* Deinde etsi ex aliena stipulatione non acquiritur alteri actio directa; sunt tamen quædam personæ, per quas ratione officii acquiritur alteri actio utilis. In hoc genere sunt tutor, curator, actor civitatis: nam si tutor pupillo, curator adolescenti, actor civitati quid dari aut fieri stipulentur; placet: pupillo, adolescenti, civitati utilem actionem dari; *l. 5. §. penult. de pec. constit.* In eadem causa est & procurator militis; *l. si pecuniam 26. de reb. cred.* item Magistratus in cautione pro pupillo à tutoribus aut adrogatore exigenda. Et non solùm Magistratus ipse ex his causis pupillo rectè stipulatur, sed etiam alium adhibere potest, puta servum publicum; aut si videtur, quemvis liberum hominem, qui idem pupillo stipuletur; *l. 1. §. si magistratus 11. & §. exigere 15. de magistrat. conv. l. non aliter 18. de adopt. l. 2. & 3. rem pup. salv. for.* Ad hæc: ex stipulatione procuratoris tribus ex causis domino utilis actio datur. 1. Si ex re domini stipuletur; *leg. quod procurator. 68. de procurat.* 2. Si domino præsente; *l. si procuratori 79. de verb. oblig.* 3. Si utilitas id exigat, nec aliter domino res salva esse possit. Receptum id primùm in contractu institoris *l. 1. in fin. l. 2. de instit. act.* inde eadem conditione translatum ad contractus procuratoris; *l. 15.
§ si procurator. 28. de act. empt. l. 5. de præt. stip.* 3
l. damni 18. §. ult. de damn. infect. Quæsitum de Tabulariis, seu, ut nunc vulgò appellantur, Notariis publicis; An etiam hi civibus absentibus rectè stipulentur, iisque obligationem acquirant? Quod omninò negandum est; si quidem de jure civili Romanorum quæratur: quippè quo jure nec servus publicus id potuit, nisi in duabus illis,

illis, quas dixi, causis, ac Magistratu jubente stipu-
lationem interponi. Si verò de jure hodierno; u-
bique ferè locorum invaluit error veterum inter-
pretum receptumque, ut Notarii aliis rectè stipu-
lentur, & stipulando actionem acquirant. De eo
tamen nondum satis convenit: an ex hujusmodi
stipulatione aliave convẽtione Notarii alteri ab-
senti jus aliquod acquiratur ante ratihabitionem;
*vid. Thesaur. dec. 70. Fachin. 8. contr. 91. Christ. vol.
3. dec. 34. & vol. 4. dec. 177. & 209.* ubi etiam quæ-
rit: An persona quoque non publica alteri sti-
pulari possit secundùm dispositionem juris Cano-
nici; *c. quoties cordis q. 7.* Sanè non obstat jus na-
turæ aut gentium, quominùs alteri etiam extra-
neo rectè quilibet stipuletur, ut ei volenti & pro-
missum acceptanti obligatio & actio acquiratur.
Imò id juri naturæ benè congruit: neque nihil
mea interest per me alterum beneficio affici;
Grot. 2. de jur. bel. & pac. c. 11. n. 18. & ideò mori-
bus horum temporum id passim obtinet; *Groe-
nevu. de legib. abr. ad §. 18. inf. hoc tit. & ibi cit.
Cyprian. cons. Belg. ad §. supr.* Postremò etiam il-
lud in quibusdam causis admissum est: ut alteri
ex pactione & stipulatione alterius actio utilis
quæratur, si pactio adjecta sit actui naturali; ut
puta rem alienam, quam apud se quis habebat,
alteri commodavit; aut apud eum deposuit ea
lege, ut is eam domino restitueret; aut alienos
nummos alicui dedit, ut domino solverentur:
ex his causis placet domino utilem actionem cõ-
modati, depositi condictionem dari; *l. penult.*
4 *C. ad exhib. l. si ita 126. §. 2. de verb. obligat.* Item
si quis suos nummos alieno nomine mutuos de-
derit velut alienos; ei cujus nomine dati sunt, cõ-
dictio acquiritur; *l. 9. §. pen. de rebus cred. d. leg.
si ita, §. 2. pe verb. obligat.* Similia exempla sunt
in *l. 6. Cod. de cond. ind. l. 13. de pign. action.* Po-
stremò etiam affectioni personarum conjunctæ
cum favore causæ hic aliquid tributum; *l. Cajus
49. solut. matrim. l. 7. de pact. conv.* rigorque ju-
ris posteriorum Imp. Constitutionibus nonnihil
mitigatus est; *leg. 3. Cod. de donation. quæ sub
mod.*

Solutio etiam in extraneam personam] Quod ve-
tát regula juris alteri stipulari; in hanc sententiam
vetat, ne stipulando, alteri acquiratur. Cæte-
rum si eò spectet stipulatio, & obligatio soli ac-
quiratur stipulatori; jus autem sit promissori,
etiam alteri solvere; quominùs ad hunc effectum
utiliter persona extranea inferatur, regula non
prohibet. Atque hoc est, quod hic dicitur; so-
lutionem etiam in extraneam personam conferri
posse.

Mihi aut Sejo dare spondes] Conferri in alium
solutio seu potestas alteri solvẽdi fieri promissori
intelligitur, si quis disjunctim ita stipuletur: *Mi-
hi aut Sejo decem dare spondes?* ac proindè utilis
hæc stipulatio in utriusque persona censetur: in
persona stipulantis ad acquisitionem obligationis
in persona adjecti ad solutionem; *l. eum qui 56.
§. 2. l. ultim. §. 3. de verb. obligat. leg. si mihi 23. de
fideicommiss. leg. 9. leg. 10. de solution.* Sed age
consideremus separatim, quid hæc stipulatio
tribuat stipulatori; quid Sejo adjecto; quid
denique promissor; tot enim sunt, ad quos
ea pertinere potest. De stipulatore hoc loco
& *dict. leg. ultim. §. 3. de verbor. obligation.*
traditum est: Ei soli ex hujusmodi stipulatio-
ne obligationem acquiri: & acquiritur citra
dubitationem totius summæ in stipulationem
deductæ, ut solida decem ei debeantur, non
pars dumtaxat. Neque enim quia decem duo-
bus stipulatus est; ideò summa inter eos di-
viditur. Divideretur, si conjunctim stipula-
tus esset sibi & Sejo; de quo mox plura.
Qui verò disjunctim decem sibi aut alii dari
stipulatur; apertè stipulatur decem solida utri-
que: nec persona adjecti impedire potest,
quominùs in id totum, quod sibi quoque sti-
pulatus est, obligationem & actionem acqui- 5
rat. At ex contrario, Sejo adjecto ex stipula-
tione proposita nihil debetur: quippè cui ni-
hil ex conventione aliena acquiri potuit. Ita-
que Sejus neque petere potest id, quod in
stipulatum deductum est, neque promissorem
ullo suo facto liberare; *l. 3. §. 1. de con-
stit. pec. l. 10. de solut.* non fidejussores aut
pignora accipere; *leg. si mihi 23. de fidejuss.
leg. is qui 33. de pignor.* denique nec pecunia
ei suo nomine constitui potest; *dict. leg. §.
1. de pec. constit.* Solummodò ad hoc utilis
hæc stipulatio in persona Seji adjecti, ut so-
lutam ex causa stipulationis pecuniam accipe- 6
re possit; eoque facto, promissor liberetur.
Cùm verò omnis adjecto solvendi facultas
promissoris causa constituta sit; videndum et-
iam: quid hic promissori tribuatur ad libera-
tionem. Promissori in summa hoc tribuitur,
ut etiam adjecto solvere possit; eaque solu-
tione ipso jure liberetur, ut hic expressum
est. Et quamvis partem solverit stipulatori;
nihilominùs tamen reliquum rectè dabit adje-
cto; *leg. cum decem 7. pr. de solution.* Hoc
amplius etiam invito & prohibente stipulato-
re solvendo adjecto liberatur: nimirum quia
certam conditionem habet stipulatio, quam
immutare stipulatori non licet; *leg. 12. §.
pen. de solut. leg. 18. de fidejuss.* Sed neque pro-
missori ad solutionem obstat adjecti conditio.
Stipulatus quis est, sibi aut Sticho Sempronii
7 servo dari: soli servo sine voluntate domini
rectè solvitur; *l. 9. de solut.* Stipulatus quis
est, sibi aut pupillo: placet, promissorem etiam
sine tutoris auctoritate pupillo solvendo libe-
rari; *l. 11. dict. tit.* Hoc ideò, quia dum
adjecto solvitur; ipsi creditori solvi videtur:
cùm nihil intersit, jubeam te alicui solve-
re, an ab initio stipulatio ita concepta sit;
leg. si ita 59. eodem. Cæterum & solutionis
verbum & certæ personæ adjectio apertè li-
berationi modum facit, quem excedere non
licet, uti in mandatis accidit; *leg. 6. man-
dat.* ut proindè facultas hæc duabus rebus con-
tineatur: certo facto promissoris; ut solvat vi-
deli-

delicet: & certa persona; in qua hæc veluti conditio impleri debeat: si quid horum servatum non fuerit; placet, factum promissori ad liberationem non prodesse. Et primum igitur nihil agit promissor cum Sejo adjecto paciscendo; sive paciscatur Sejus se non petiturum; sive obligationem novare instituat; sive pecuniam promissori acceptam ferat; *l. 10. de solut.* Habet quidem acceptatio vim solutionis, habet & novatio, omnisque conventio liberandi debitoris causa interposita: sed tum solummodò, cùm à creditore proficiscuntur, cujus solius est debitorem liberare. Adjectus verò creditor non est. Deinde nihil agit promissor, si alii solvat, quàm adjecto: nam neque personam adjecti, quæ à stipulatore electa & probata est, egredi potest: intantùm ut etsi persona servi adjecta sit; nec domino rectè solvatur, nisi ex voluntate servi; *l. 9. l. Stichum 95. §. nam si 7. de solut.* Ad rem nihil pertinet, quòd quæcumque per servum acquiruntur, ea acquirantur domino: nam persona aliena hic non adjicitur, ut vel ipse quicquam vel alius per eum acquirat. Eadem ratione si pupilli vel furiosi persona adjecta sit; nec tutori vel curatori dando liberatur, nisi pecunia in rem eorum versa sit; *d. l. 95. §. 7.* & quia adjectus procuratori similis est, nec hæredi ejus rectè solvitur: quippe cùm mandatum morte finiatur; *l. cum quis 55. de verb. obl.* Cæterùm omnis adjecto solvendi potestas lite cùm stipulatore contestata intercidit; *l. 16. de fideic. l. si quis 57. §. 1. de solut.* Hoc ideò: quia judicio nova contrahitur obligatio, & prioris novatio fieri intelligitur, prout actori commodum fuerit; *l. 3. §. idem scribit, de pecul. l. aliam 29. de novat.*

Illud ex sententia contrahentium placuit: ut ita demum adjecto rectè solvatur, si in eodem statu maneat, quo erat, cum stipulatio interponeretur; quasi hæc conventio tacitè stipulationi insit: *Si in eadem causa maneat.* Itaque si vel in adoptionem se dederit, vel deportatus sit, aut servus factus; non rectè ei solvitur; *l. cum quis 38. princ. de solut.* Planè si ad meliorem causam pervenerit, puta si ex servo liber, ex filiofam. sui juris factus fuerit; dicendum est: adhuc ei solvi posse; *argument. l. cum qui 56. §. 2. de verb. obl. add. Doneil. l. 55. d. titul.* ubi refellit Cujacium contrà sententem atque alios vellicantem: ostenditque esse aliquid proprium ususfructus in specie, quæ proponitur à Papiniano *in l. Stichum 95. §. usumfructum 5. de solut.*

Adversus Sejum habeat mandati actionem.] Hoc idem traditur à Scævola *in l. Julianus 131. §. 1. de verb. obl.* & ideò receptum est: quia alia actio deficit, & adjectus instar procuratoris est. Verum enim procuratorem non esse, imò ne procuratorē quidem esse satis constat; *l. 12. §. 1. & 2. seqq. de solut.* Cæterùm stipulator ut plurimùm adjecto mandare solet, ut solutionem accipiat.

Si quis sibi & alii.] Hac stipulatione recepta, *Mihi aut Titio dare spondes?* qua placet solutionem saltem utiliter in Titium conferri; quæsitum est, propter similitudinē conceptionis: Nam idem sufficiatur conjunctim stipulando, *Mihi & Titio decem dari.* Sed diversa hic omnia constituta sunt, tum in persona stipulatoris, tum in persona adjecti. Ad stipulatorem quod attinet, hoc interest inter priorem stipulationem & hanc posteriorem; quòd ex illa tantum quantum promissum est stipulatori debetur; ex hac dimidium duntaxat; *l. si mihi 110. de verb. obl. & hoc text.* Cur verò tam variè? Nimirum propter diversam vim orationis disjunctivæ & conjunctivæ: quippè hujus vis est, ut pro numero personarum summa stipulatione comprehensa dividatur; illius non item. Cùm enim disjunctim quis stipulatur sibi aut Titio decem dari; non attribuit hanc summam pluribus, sed uni tantùm, si alteri non detur. Quæ autem summa uni attributa est, ea non potest dici enumeratione personarum divisa. At cum stipulor conjunctim mihi & Titio decem dari; eodem tempore & simul stipulor eamdem summam mihi & Titio: perindè sit, ac si dixissem, *Mihi & Titio simul decem dabis*; id est, mihi quinque, & Titio quinque. Atque hoc est, quod Julianus ait: una decem communiter in hac stipulatione comprehendi; *l. cum qui 56. prin. de verb. obl. fac. l. cui fundus 56. de cond. & dem. leg. reos 11. §. 1. de duob. reis.* Hinc etiam efficitur, ut etiamsi non pecunia, sed certum corpus stipulatione comprehensum sit; non ampliùs tamen quàm pars debeatur; ut rectè censet Bachovius contra Hotomanum, *fac. d. l. si mihi 110. de verb. obl.* Planè si res in stipulatione deducta divisionem non recipiat, aut ejus sit conditionis, ut adjecto acquiri non possit; magis est, ut persona ejus pro supervacuo adjecta habeatur; *arg. l. 5. comm. præd. §. ult. sup. de stip. serv.* Quod etiam in emptione & venditione receptum est, sed alia ratione; nempe quia unum pretium pro re tota constituitur, & injuria afficeretur venditor, si res pro parte tantùm vendita intelligeretur; *l. fundus 64. de contr. empt.* De Titio adjecto nihil nominatim à Veteribus definitum legimus. Cæterùm hoc posito in hac specie, *Mihi & Titio decem dabis* stipulatorem videri tantùm quinque sibi stipulari, reliquum Titio; satis intelligitur, Titio nec ullam obligationem utpotè extraneo acquiri, nec ei quicquam à promissore rectè solvis; cùm non solutioni, sed obligationi personæ illius applicata sit.

Non plus quàm dimidiam partem.] Uti ex stipulatione proposita obligatio in solidum stipulatori non acquiritur, ne quod extraneo inutiliter stipulatus est, partem ejus augeat; *l. si mihi 110. de verb. obl.* ita nec in totum inutilis est, sed pro parte tantùm, ne quod sibi utiliter stipulatus est, inutili adjectione vitietur; *l. 1. §. pen. eod. cap. utile, Cod. de reg. jur. in 6.* Hinc vulgò colligitur: jus accrescendi inter conjunctos non habere locum in contractibus, aut causa onerosa, aut si res individua sit, *Gomez 1. resolut. cap. 10. & ibi etiam num. 1. & seq.* Quod tamen insubtiliter dicitur. Nam de jure accrescendi non rectè disputatur, nisi actus in utriusque persona ab initio consistat:

ut

ut concurrentes singuli partem petere possint; non autem deficientes totum ad alterum pertineat: ut fit, cum duo ad eamdem hæreditatem vocantur, aut cùm duobus eadem res conjunctim legatur: *§. si eadem 8. sup. de legat.* At in contractibus persona conjuncti facit, ut actus aut pro parte nullus fit, aut ut perindè sit habendum, ac si omninò adjectus non esset, totumque negotium ad alterum solùm pertineret: *add. Dur. lib. 1. de jur. accresc. c. 15. Bronchorst. 2. assert. 60. D. Suvanemb. de jur. accresc. c. 8.*

Qui tuo juri subjectus est.] Interdum qui verbis stipulatur, vi ipsa sibi stipulari intelligitur, sibique actionem acquirit: idque toties accidit, quoties stipulantis pecuniariter interest alteri
11 dari; de quo dicemus *inf. sub §. sed etsi 19.* Pertinent huc dominus & pater, qui filium in potestate habet, quos placet servo & filio rectè stipulari: *hoc text. l. dominus 59. l. eum qui 56. §. 3. leg. quod dicitur 130. de verb. obl. l. 2. Cod. de contr. stip.* nempe quia servo aut filio dari domini aut patris interest: quoniam quod servo aut filio ex illa stipulatione datum erit; id statim domino aut patri acquiritur. Ait, *Tuo juri subjectus.* Ergo si filio emancipato pater stipuletur; non idem probandum est: *leg. genero, 26. C. de jur. dot.* Sed nec ipsi filio emancipato ex stipulatione patris obligatio ulla aut actio acquiritur: *d. l. gero.* Nec obstat *l. quodcumque 45. §. 2. de verb. obl.* Nam illud duntaxat ex eo loco rectè colligitur; quibus in causis pater filiæ emancipatæ stipulari potest; in his etiam huic filiæ rectè stipulari post mortẽ suam, ut utilis actio filiæ detur. At hoc tantùm receptum in causa dotis, cùm pater dotem & quidem à se profectam stipulatur reddi filiæ, cujus nomine data est, *l. Gajus 54. solut. matr. l. 7. C. de pact. conv.* Neque verò uteretur Jurisconsultus exemplo filiæ, si pariter filio quoque emancipato, & quidvis liberis omnibus pater rectè stipularetur; *Donell. ad l. stipulatio ista 38. §. alteri, 19. n. 60. de verb. obl.*

Vox tua tamquam filii.] Patris & filii, quem in potestate habet, eadem persona, eadem vox esse dicitur, *§. post mortem 12. inf.* Sed observetur; hoc dici cum hac adjectione, Cum per filiũ patri acquiritur, *hoc text.* Quòd si pater filio stipuletur, quod constat in persona filii, nec ad patrem redire possit; hic non eadem vox patris & filii habetur, nec magis utilis est stipulatio, quàm si cuivis extraneo stipulatus esset. Hinc improbata primùm hæc stipulatio: Si pater stipuletur factũ, quod in personam filii conferatur, puta ut ei ire agere liceat, *l. quod dicitur 130. de verb. obl.* Deinde & illa: Si stipuletur quidem filio id, quod juris sit, sed quod leges ei acquiri non permittunt, *leg. dominus 39. eod. & hoc text.* veluti si quid stipuletur filio ex causa castrensis peculii, aut adventitiĩ, quod patri nullo modo acquiratur; nam ubi ususfructus patri quæritur; saltem usque ad quantitatem ususfructus eum actionem habiturum existimo; quia hactenus ejus interest.

TEXTUS.

De interrogatione, & responsione.

5. *Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat: veluti si quis decem aureos à te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas, vel contra: aut si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contrà; si modò scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas:* Præsenti die spondeo. *Nam si hoc solùm respondeas,* Promitto; *breviter videris in eamdem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.*

NOTÆ.

5 *Si quis decem, &c. tu quinque vel contra*] Tota hæc verborum conceptio non est planè inutilis; sed pro ea summa duntaxat, quæ vel interrogationem vel responsionem excurrit: quoniam cum in majori summa semper insit minor; hactenùs quoque aptè responsum hic intelligitur, *l. 1. §. 4. l. 83. §. 3. de verb. obl.* Similiter si quis de una re interrogatus promittat & eam, & plures conjunctim, aut de pluribus conjunctim ex his unam; placet, promissorem saltem obligari in eam rem, de qua & interrogatus est, & respondit, *d. leg. 1. §. 5. de leg. 83. §. 4.*

Ille purè, tu sub conditione.] Hic verò quia aliter respondetur, mutata forma & qualitate interrogationis, tota vitiatur obligatio, nisi diversitas responsionis illico stipulatori placuerit, *d. l. 1. §. 3.*

Neque enim necesse est, &c.] Nam ut stipulator verba concepit & quasi præivit; ita promissor respondisse intelligitur, *§. 17. infr. eod.* Unde etiam si quis interrogatus, *Dabis?* respondeat, *Dabitur,* aut *Quidni?* rectè atque ad interrogatum respondisse intelligi debet, *d. leg. 1. §. 2.* nec obstat *authen. si quando, Cod. de const. pec.* quia in constituto nulla præcedit interrogatio, ad quam hujusmodi verba referas. Alciat. *2. part. 18.*

COMMENTARIUS.

1 *Interrogationis & responsionis congruentia unde æstimanda.*
2 *Quid juris, si diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem, & numer. 4. & 7.*
3 *Quid si circa qualitatem seu formam stipulationis, & n. 6.*
5 *Ad quam speciem pertineat definitio l. 1. §. 3. in fin. de verb. obl.*
6 *Quid si impersonaliter respondeatur.*

AD conficiendam stipulationem constituendamque obligationem verborum non satis est, respondentem illico respondere, sed etiam necesse est, ut respondeat congruenter ad interro-
1 gationem; alioqui inutilis est stipulatio, auctore Justiniano *in pr. hujus* §. Interrogationis & responsionis congruentia non tam ex verbis, quàm ex re & sententia verborum æstimanda est. Nam qui idem respondet, de quo interrogatus est, & respondet eodem modo seu servata eadem qualitate interrogationis, congruenter respondere intelligitur, etsi non eadem lingua respondeat, veluti si Latinè interrogatus, respondeat Græcè; §. 1. *sup. de verb. obl. l.* 1. §. *ult. eod.* Similiter qui stipulanti denarios ejusdem quantitatis aureos spondet, obligatur, ut qui aptè ad interrogatum responderit, *l. quæ extrinsecus* 61. § 1 *eod.* Sed & qui ita interrogatus: Dabis? respondet: Quid ni? rectè respondisse intelligitur, & obligatio constituta; *d. l.* 1. §. 2. Denique non est necesse, verba stipulatoris omnia in respondendo repetere; *hoc text. in fin.* Qui verò aut non idem respondet, aut respondet alio modo seu mutata forma aut qualitate stipulationis; is non intelligitur respondisse convenienter interrogationi; atque in ea causa est, ut non obligetur. Cæterum ad vim obligationis multum interest, utrùm quis non idem respondeat, an alio modo: id est, utrùm
2 diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem in stipulationem deductam, an circa stipulationis qualitatem. Cùm in re ipsa dissentit responsio, non quidem quando respondetur planè aliud; veluti pro Sticho Pamphilus; (nam isto modo nullam omnino contrahi obligationem convenit) sed cum respondetur plus aut minùs, placet non in totum stipulationem esse inutilem, sed tantum quatenus plus aut minùs est in responsione aut interrogatione, idque sive certa summa sive certa corpora in stipulatum deducta sunt. Itaque si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, aut ex contrario, si viginti stipulanti, respondeas decem: non in totum inutilis est stipulatio, sed pro ea summa duntaxat, quæ alterius vel interrogationem vel responsionem excurrit: nam in decem utrique & utroque casu obligationem contractam, disertè scribit Ulp. *d. l.* 1. §. *si stipulanti* 4. *de verb. obl.* Similiter si quis de re una interrogatus promittat & eam & plures conjunctim, veluti si de Sticho interrogatus, Stichum & Pamphilum spondeat, aut ex converso de pluribus rebus conjunctim interrogatus, puta de Sticho & Pamphilo, unum ex his promiserit, non in totum vitiatur obligatio, sed placet promissorem saltè obligari in eam rem, de qua interrogatus est, & respondit, *d. l.* 1. §. *sed si* 5. neque nova stipulatoris approbatio efficit, ut in totum hæ stipulationes valeant, & quatenus consistunt, etiam sine ea consistunt, *l. inter l. item si* 4. *eod.* §. *quoties* 17. *inf. eod.* At cum quis mutata stipulationis qualitate aliter respondet, quàm interrogatus est,
3 quod si, cum vel simpliciter interrogatus respondet, se daturum sub conditione vel in diem, vel sub conditione aut in diem, interrogatus respondet purè, id est sicut expressè dicat se statim daturum, hic evenit, ut in totum nulla contrahatur obligatio, qua tamen in specie hæc exceptio probata est, nisi diversitas responsionis illico placuerit stipulatori. Videamus autem quàm rectè hæc omnia dicantur. Illud extra controversiam est, si de decem interrogatus respondeas viginti, non esse contractam obligationem in viginti, quia de viginti interrogatus non es, quod significat Ulpian. *d. l.* 1. §. 4. cum ait *oportere congruere summam.* At quid si mihi illico placeat responsio tua?
Ajo, nihilò magis te in viginti obligari, etenim natura stipulationis, quæ interrogationem præcedentem desiderat, non patitur, ut in id, de quo interrogatus non es, obligatio cōtrahatur, quantumvis promissio tua mihi placeat. De eo quæritur, An ex hujusmodi stipulatione saltem tenearis in decem? Et ait Ulpianus *d. l.* Obligationem saltem in decem esse contractam, idemque esse & si me viginti interrogante, tu decem respondeas. Sed utrùm hoc ita demum, si responsio tua mihi confestim placeat, ut quidam existimaverunt, an etsi non placeat? Ajo, Etsi non placeat: hoc enim evidenter demonstrat ratio Ulpiani, *Licèt enim*, inquit, *oportet congruere summam; attamen manifestum est, viginti & decem inesse*, quasi dicat, Diversitas responsionis in decem hic nulla est, sed summa interrogationis & responsionis saltem in decem optimè convenit: quod si verum est, frustra desideramus aliam stipulatoris approbationem, *fac. l. inter* 83. §. 3. *de verb. obl.* Idem multò magis dicendum est, si plures res conjunctim aut in interrogationem aut in responsionem deducantur, nam tunc plures sunt stipulationes invicem distinctæ, tot videl. quot sunt res expressæ: quarum stipulationum, cùm illæ utiles sint, in quibus ad interrogatum responsum est, per alias inutiles vitiari non debent, *d. l.* 1. §. 5. *l. scire* 29. *d. l. inter* 83. §. 3. *l. quod dicitur* 86. *eod.* At enim Jurisconsultus *d. l.* 1. §. 3. *in fin.* sic generaliter definit, *Cùm adjicitur aliquid, aut detrahitur obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit.* Nego, hanc definitionem ad eam speciem pertinere, cum stipulanti res plures aut pauciores spondemus, quàm stipulatus est. Nam ubi plures sunt stipulationes separatæ, ibi una neque adjici alteri rectè dicitur, quia nunquam cohærent, neque detrahi, quia priùs in altera non fuit. Sed neque pertinet ad eam speciem, cum major aut minor summa promittitur, quàm stipulatione comprehensa est: satis enim est ad stipulationem idem respondere, de quo interrogatus est, etiamsi in partem, (dummodò certam & divisam) non autem ad omnia respondeas, *leg.* 1. §. 4. Quo igitur pertinet? Ad speciem illam alteram, cui & subjicitur, cum scilicet respondetur, mutata interrogationis forma, conditione aut die obligationi adjecta vel detracta, quo casu aliàs in totum vitiaretur stipulatio, sive plus sive minùs promittatur: quoniam 4 5

niam neutiquam congrua illa responsio, quæ aliam formam & qualitatem obligationis facit. Cæterum quia hic circa rem ipsam nulla est in interrogatione & responsione diversitas; placet approbationem stipulatoris de qualitate responsionis efficere, ut post eam perinde habeatur, ac si ad interrogatum congruenter responsum esset; atque ut Jurisconsultus *d. loc.* ait; Quasi
6 alia contracta esset stipulatio. Ex quo rectè etiam hoc colligitur: hanc approbationem efficere, ut id quoque, quod plus hic promissum est debeatur; *D. Tuld. comm. hoc tit. cap.* 2. Conditio etiam tunc obligationi adjici aut detrahi intelligitur, cum quis de una re interrogatus disjunctim plures promittit, aut de pluribus disjunctim interrogatus unam ex his. Ut ecce: si quis de Pamphilo interrogatus, Pamphilum aut Stichum respondeat: hic qui purè interrogatus est, obligationi adjicit conditionem, Pamphilum sub conditione spondens, si Stichum non dederit. Et ex converso, si stipulante me Pamphilum aut Stichum, tu unum daturum te spoponderis; hic obligationi conditionem detrahis, purè promittens quod ego sub conditione stipulatus sum: ac proinde utroque casu fit, ut stipulatio in totum fit inutilis, quia neutro responderat servata stipulationis forma; *d. l.* 83. §. 2. *d. l.* 1. §. 3. In summis verò etiam hic, quod minus rectè sponderi intelligitur; *d. l.* 83. §. 3. Fusè *Don. ad d. l.* 1. §. 3. 4. 5. sed meliùs *ad l. scire* 29. *eod. sub fin. Gomez* 2. *resol.* 10. *n.* 4. Hodie postquàm vis pacti & stipulationis exæquata est, non usquequaque hujus subtilitatis ratio habetur.

Tu quinque promittas, vel contra] Ostendimus ex Ulpiano, *l.* 1. § 4. *de verb. obl.* cum quis maiorem aut minorem summam spondet, quàm de qua interrogatus est, non in totum vitiari obligationem, sed valere saltem in summam minorem:
7 quoniam hactenus aptè atque ad interrogatum responsum est. Non est existimandum, id negare Imperatorem, cum hic ita proponit: *Ita inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non responderit*, & ad hoc declarandum tali exemplo utitur: *Si quis decem à te sibi dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra*. Sufficit enim ad probandum quod proposuit, esse in hoc exemplo stipulationem, in qua ad interrogatum responsum non est: & hanc stipulationem hactenus esse inutilem; quod & verum est. At ex eo non sequitur, inutilem esse totam istam conceptionem, *Decem aureos mihi dare spondes? Quinque dare spondeo*. Nam cùm in quinque, quæ manifestum est decem inesse, responsio cum interrogatione conveniat; utique saltem in quinq; etiam valere debet proposita stipulatio, juxta sententiam Ulpiani, & vel secundùm hanc ipsam Justiniani propositionem. Auctorem Institutionum, quæ Gaji nomine feribuntur, *lib.* 2. *tit. de obl* §. 10. Sive is Anianus fuit, sive quis alius, nihil moror. Planè alia ratio est contractuum onerosorum, in quibus quid vicissim præstandum est; veluti in emptione & locatione: ubi qui decem pro pretio aut mercede requirit, si quinque ei promittantur; pro dissentiente in totum habetur, ne præjudicium ei fiat; *l. si decem* 52. *locat. Gomez* 2. *resol. c.* 10. *n.* 4. *D. Bronch.* 4. *assert.* 37.

Ille purè stipuletur; tu sub conditione promittas; vel contra.] Exemplum stipulationis, quæ ideò inutilis, quia respondetur mutata obligationis forma; adjecta scilicet aut detracta conditione: cujusmodi stipulationem prorsus inutilem esse paulò ante probavimus, nisi diversitas responsionis illico placeat; ex *l.* 1. §. 3. *de verb. obl.* Quamquam hoc omissum hic à Compositoribus, ut & alia, in quibus hoc genus discrepat à superiore. Sciamus igitur: alterum cum altero secundùm quid tantùm comparari.

Neque enim necesse est, &c.] Non est necesse, ut respondens verba stipulationis omnia repetat, sed simpliciter respondendo, *Spondeo* aut *Promitto*, responsio ad universam conceptionem atque ad omnia interrogata refertur; §. *quoties* 17. *inf.* nam ut stipulator verba concepit, & quasi præivit, ita respondisse intelligitur. Quid si interrogatus *Dabis?* respondeat impersonaliter, *Dabitur?* 8 Puto rectè atque ad interrogatum responsum videri debere, *arg. l.* 1. §. 2. *de verb. obl.* Neque obstat *auth. si quando, C. de const. pecun.* ubi Justinianus cavet, ne obligetur de pecunia constituta, qui ita dicit, *Satisfiet tibi*. Nam in constituto nulla præcedit interrogatio, ad quam verba illa referuntur: *Alciat.* 2. *parerg.* 18. *Don. in l.* 5. §. 2. *n.* 4. *& seq. de verb. obl.*

Textus.

De his qui sunt, vel habent in potestate.

6. *Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris, qui tuo juri subjectus est, vel si is à te stipuletur. Sed servus quidem non solùm domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii: filii verò familiarum aliis obligari possunt.*

Notæ.

6. *Vel ab eo, qui tuo juri*] Ratio est: quia: nemo sibi ipsi obligari potest, *l.* 11. *de leg.* 1. aut secum ipse agere; *l.* 16. *de fur.* Dominus autem & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, vice unius personæ funguntur, §. 4. *sup. eod. sac. l.* 7. *de obl. & act. l.* 4. *de ind.* Utrique tamen naturalis saltem obligatio in proposito nascitur, §. 1. *tit. prox. l.* 38. *a. . . d. ind.*

Filii fam. aliis obligari possunt.] Servi naturaliter tantùm ex contractibus obligantur; *l.* 14. *l.* 43. *de obl. & act.* quia quod ad jus civile attinet, pro nullis habentur; *leg.* 32. *de reg. jur.* [illegible] Liban. *dec.* 16. At filiifam. extra patrem & causam mutui etiam

civiliter ut reliqui cives; *l. 39. de obl. & act. leg. 57. de jud. l. ult. §. 2. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

QUi stipulatur ab eo, quem in potestate habet, cujusve ipse est in potestate, nihil agit; cujus rei ratio petenda ex eo, quod superius diximus sub §. 4. *h. t.* Quòd dominus & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, eadem persona censentur. Nemo enim sibi ipsi obligari potest; *l. 11. de leg. 1. l. hæres 11. §. 3. de fidejuss.* Et quidem ad producendam obligationem civilem, de qua hic agitur, sive dominus à servo, sive pater à filio stipuletur, obligationem naturalem nasci, argumento est: quod fidejussor acceptus teneatur; *§. 1. tit. seq. l. si quis 56. §. 1. de fidejuss.* Sed si servus à domino, filius à patre stipuletur, placet, nec fidejussorem acceptum teneri; *d. l. si quis, §. ult.* Et an igitur hoc posteriore casu ne naturalis quidem obligatio nascitur? Omninò: *l. si dominus 64. de cond. ind.* Sed hic fidejussor acceptus idcò non tenetur, quia si qua hic esset fidejussoris obligatio, ea acquireretur domino aut patri.

Tuo juri subjectus] Igitur à sensu contrario pater à filio emancipato, aut filius emancipatus à patre si stipuletur; utilis est stipulatio. Idemque probandum est, si stipulatio ad bona filii castrensia pertineat: quippè cùm in his filiusfam. vice patrisfam. fungatur; *l. 2. de sen. Mac. l. 4. de jud.* Et quidni idem quoque dicamus de bonis adventitiis, quorum plenam filius proprietatem habet *arg. Nov. 117. c. 1,* & hodie simpliciter, quoniam *ὁ νόμος* illa unà cum veteris patriæ potestatis effectu exolevit.

Filii verò familiarum aliis obligari possunt] Inter servum & filiumfam. hoc interest, quòd servus non tantùm domino, sed nec ulli alii ex contractu civiliter obligari potest; *l. serv. 14. de obl. & act.* Filius autem familias extra patrem & causam mutui tamquam patremfam. omnibus aliis obligatur; *l. filiumfam. 39. eod. tit. vid. inf. tit. quod cum eo, qui in alien. potest.*

TEXTUS.

De muto & surdo.

7. *Mutum neque stipulari neque promittere posse, palam est; quod & in surdo receptum est: quia & is qui stipulatur verba promittentis, & is qui promittit verba stipulantis audire debet, Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardiùs exaudit; sed de eo, qui omninò non audit.*

NOTÆ.

7. *Mutum neque stipulari, &c.*] Neque mutum, neque surdum ad verborum obligationem pertinere palam est: quippè quæ contrahi non potest, nisi utroque loquente, & altero interrogante, altero ad interrogatum respondente; *l. 1. eod. l. 1. §. pen. de obl. & act.*

COMMENTARIUS.

CUm stipulatio confici non possit, nisi utroque loquente, & altero interrogante, altero ad interrogatum respondente; palam est, neque mutum neque surdum ad verborum obligationem pertinere; non mutum; qui aloqui non potest: non surdum; quia verba stipulantis audire, & proinde ad interrogata respondere nequit. Non enim sufficit ad hanc obligationem constituendam, per litteras aut interrogari aut respondere: sed verba utrinque intervenire & lingua nuncupari necesse est; *l. 1. pr. de verb obl. l. 1. §. pen. & ult. de obl. & act.* Enim verò quod mutus & surdus per se facere non possunt ut aut stipulando sibi acquirant, aut promittendo obligetur; id efficere possunt per servum, si quid eorum illum facere jubeant; *d. l. 1. in pr. de verb. obl.* Etenim quod servus stipulatur; id domino volenti rectè acquirit: cui etiam nullo ejus jussu præcedente, acquireret, atque adeò invito; *§. item vobi. sup. per quas pers.* Si quid jussu domini promittat; placet dominum obligari quòd jussu; *d. l. 1. in fin. pr. de verb. obl. l. 1. quod juss. §. 1. inf. quod cum eo, qui in al. pot.* At quomodò jubebunt? Nutu; per nuncium, per epistolam. Qui surdus tantùm est, etiam verbis jubere potest.

Qui omninò non audit] Scribit tamen alibi Justinianus: Neminem tam surdum esse, quin audiat, si quis supra cerebrum ejus loquatur; *l. discretis 10. C. qui testam. fac.* Ego autem puto, commentum hoc esse; ut & alterum illud, quod idem eodem loco affirmat, fieri posse, ut is, qui surdus natus est, articulatam vocem edat; *vid. Plin. lib. 10. nat. hist. cap. 99.*

TEXTUS.

De furioso.

8. *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quod agit.*

NOTÆ.

8 *Furiosus nullum negotium*] *L. 1. §. 12. d. t. l. 70. §. 4. de fidej.* nec si curatoris accedat auctoritas; *l. 5. de reg. jur.* Ratum autem manet, quod vel ante furorem, vel tempore intermissionis gestit; *§. 3. sup. quib. non est perm. fac. test.* In eadem causa est & is, cui bonis interdictum *l. 40. de reg. jur.* nisi quod hic stipulando sibi acquirere potest; *l. 6. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

VErbis fieri stipulatio dicitur: non quòd sine consensu solis verbis fiat; sed quòd sine verbis non fiat solo consensu. Semper enim illud manere debet: Nullam obligationem, quæ quidem ex contractu fit, sine consensu constitui; *l. 1. §. conventionis 3. de pact.* Proinde quicumque animum ha-

habent voluntatis & judicii expertem, hi non magis ex stipulatu, quàm ex quovis alio contractu obligari possunt; in hoc genere sunt furiosi, mente captis prodigi; infantes. Furiosum nullum negotium contrahere aut gerere posse, natura manifestum est; *l.1.§.furiosus 12. de obl. & act.l. si à reo 70. §. 4. de fidejuss. l.5. de reg. jur.* Ea res facit, ut nec accedente curatoris auctoritate obligetur; *d.l.7. de reg. jur.* Prius enim est, ut quid agi aut geri intelligatur, quàm ut curator dici possit, quod agitur aut geritur probare. De furioso quod dicitur; id intelligendum est etiam ad mente captum pertinere, qui furore non corripitur; quoniam non alia ratione in furioso locum habet, quàm quia mente caret; sive ut hic scriptum est: *Quia non intelligit, quod agit.* In eadem caussa cum furioso est; & prodigus, seu is, cui bonis interdictum est; verùm cum de eo obligando agitur dumtaxat. In acquirendo enim dissimilitudo est. Quippe furiosus nullum negotium rectè gerit, neq; quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirat; *d.l.1.§.12. de obl. & act.* At prodigus stipulando aut aliter contrahendo sibi acquirere potest, licèt promittendo non obligetur magis quàm furiosus; *l.6. de verb. obl.* neque aliò pertinet comparatio furiosi aut prodigi; *in l. furiosi 40. de reg. jur.* Obiter hic illud admonendi sumus quod furiosus gessit in intermissione furoris ratum haberi, neque ullum negotium anteà rectè gestum furore postea interveniente perimi; *§. 1. sup. quib. non est perm. fac. test. l. 9. Cod. qui test. fac. & ibid. D.*

Textus.

De impubere.

9. ***Pupillus omne negotium rectè gerit: ita tamen, ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor; veluti si ipse obligetur; non alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Sed quod diximus de pupillis; utique de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans & qui infantiæ proximus est non multum à furioso distant; quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est; ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.***

Notæ.

9. *Infans*] Infantem dicimus usque ad annum septimum; *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 18. Cod. de jur. del.* qua ætate plenè absolvitur integritas loquendi; Macrob. 1. *S.* 5. 6.

Infantiæ proximus] Qui septennium egressus adhuc consistit intra annum decimum & dimidium; aut pupilla intra annũ nonum & dimidium.

In proximis infantiæ.] Ut proximus infantiæ & stipulari possit, & tutore auct re cætera agere; benignitatis est: nam & ipse non multum à furioso distat; *l. 1. §. 13. de obl. & act. l. 9. de acq. hær. l. 5. de reg. jur.*

Pubertati proximi] Id est, pupilli, qui annos illos, quos modò diximus, superaverunt; ut rectè Accurs. aliter Th. & Græc. Putamus etiam pupillum adulto proximum sine tutore naturaliter obligari; *l. 25. §. 1. quand. d. leg. leg. 21. ad leg. Falc. leg. 1. de nov. l. 127. de verb. obl. l. 95. §. 2. de solut.* quamquam id alibi negatur; *l. 41. de cond. ind. l. 59. de obl. & act.* quia huic obligationi vis omnis detracta est, quatenus ipsi pupillo nocere possit.

Ne autore quidem patre] *L. ult. §. 2. de verb. obl.* sicut nec ex contrario auctore patre sibi acquirere potest. Pupilli alia ratio; cum è re est, saltem tutore auctore obligari posse; cum ipse vicissim sibi alios obligat.

Commentarius.

1 *Gradus ætatis pupillaris, & quamdiu quis infans habeatur.*
2 *Proximus infantiæ quis dicatur: & quando ita appellari desinat, vocarique incipiat pubertati proximus.*
3 *Iterum de infante & infantiæ proximo.*
4 *De proximis pubertati: & an non saltem naturaliter sine tutoris auctoritate obligentur.*
5 *De obligatione puberum minorum 25. annis.*
6 *Cur placeat, impuberem ne patre quidem auctore obligari.*

Pupillus omnia tutore auctore rectè agit; quædam etiam sine eo. Tutore auctore tam se aliis, quàm alios sibi obligare potest: sine tutoris auctoritate, se quidem aliis non obligat: sed 1
alios sibi: & in universum conditionem suam meliorem facere potest etiam sine tutoris auctoritate; *l. 9. de auct. tut.* qua de re dictum *lib. 1. tit. de auct. tut.* Cæterum quod ita generaliter alibi definitur; id hoc loco docemur non pertinere ad pupillos omnes seu cujuslibet ætatis: verùm ad eos tantùm, qui jam hab nt aliquem intellectum. Quinam illi ex pupillis sint; postea intelligetur. Ætatis pupillaris tres sunt partes sive gradus. Est infans, est infantiæ proximus; est proximus pubertati. Infans dicitur, quasi fandi impos. Atque hæc duo idem valent, infans & qui fari non potest: sicut ex converso per eum, qui fari potest, significatur infante majori; *l. 1. §. 1. de adm. tut. l. servo 65. §. pen. ad Trebell. l. 1. §. huic proximus 13. de obl. & act. l. mulier. 70. de verb. obl. l. 6. r m pup. salv. for. l. 5. de reg. jur.* At enim verò sciendum est: jure nostro infantiam non usu & naturali facultate loquendi, sed ætate æstimari. Is enim jure habetur & definitur infans, qui minor est septem annis: *l. infanti 18. C. de jur. delib. d. l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de sponsal.* Etsi enim qui septem annos nondum natus est, natura fari potest, t men jure id facere non posse existimatur; quoniam

quid loquatur non intelligit. Proximus infantiæ
2 dicitur, qui septennium nuper superavit ἑπταετὴς, septennis. Macrobius 1. *in S. S. cap. 6. anno septimò plenè absolvitur integritas loquendi*. Quando autem hoc nomine pupillus appellari desinat, & vocari incipiat pubertati proximus; non est satis exploratum: tum quia id jure expressè definitum non reperitur: tum quia in eo definiendo mirè variant Interpretes. Alii enim terminum proximitatis infantiæ faciunt annum duodecimum completum; *Pet. Fab. ad d. l. 5. de reg. jur. Ræ{}vard. ad l. pupillum 111. eod.* Alii annum decimum tertium; *Hotom. hic: Robert. 2. recept. lect. 17.* Quibus pubertati proximus dici incipit, qui vel decimum tertium vel decimum quartum annum attigit. Cujacio, cui ad pubertatem semestre deest; *17. obs. 4.* Accursius ad hunc loc. *& in leg. 1. de novat.* censet: totum reliquum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, dividendum esse in duas partes æquales; ut qui consistat intra priorem; hic sit infantiæ proximus: qui hanc egressus consistat intra posteriorem; is dicatur proximus pubertati: quia revera huic sit proximior, quàm infantiæ. Itaque pupillum proximum infantiæ eum haberi, qui septem annis major consistat adhuc intra annum decimum & dimidium: qui excessit, esse proximum pubertati. Pupillam autem infantiæ proximam eam esse, quæ infantiam egressa, consistat intra annum nonum & dimidium: quæ eam ætatem excessit; esse pubertati proximam. Idem censet Bart. & Castr. *in d. l. 1. de novat.* communemque hanc esse sententiam testantur *Decius ad d. l. pupillum, de reg. jur. Vigl. in §. testes, sup. de test. ord. Gomez 3. resol. n. 57. Schneid. ad pr. sup. de auct. tut. n. 12. & seq.* Sunt denique, qui judicis potestati & arbitrio hoc committendum existimant: ut is non tam ex ætate, quàm captu & astutia impubetis æstimet, qua ætate vel infantiæ vel pubertati proximus sit habendus; ut & aliàs fieri consuevit in iis, quæ certo jure definita non sunt; *l. 1. §. ult. de jur. delib.* in qua sententia jam olim fuit *Ioan. Fab. hic, & Salic. ad l. 7. C. de pæn.* eamque probant *Dec. Vigl. citatis loc. Coras. 6 misc. 23. Covar. de matr. p. 2. ca. 5. n. 7. Menoch. 2. arbitr. c. 57. n. 20. & seqq. Gredd. de cont. stip. c. 7. nu. 185. & seqq. Philipp. Matth. ad l. ferè 108. n. 39. & seq. de reg. jur.* In hac autem varietate proprius à vero abesse videtur opinio cõmunis, quam etiam Gomez *ubi sup.* in judicando & consulendo sequendam censet. Et verò cùm tempus, quod infantiam sequitur usq; ad pubertatem, in duas ætates divisum sit: in eam, quæ proxima est infantiæ: & quæ proxima pubertati quarum in computanda altera retro, in altera porrò eatur; hoc ipso & in illa terminus, ad quem, & in hac terminus à quo satis jure definitur: nimirum justa temporis illius medietas.

Infans & infantiæ proximus non multum à fu-
3 *rioso*] Infans in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum à furioso distat: ut qui non magis intelligat, quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quàm furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere. Illud tantùm utilitatis causa receptum est: ut infans tutore auctore possit incipere possidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis, quàm juris est, suppleatur auctoritate tutoris; *l. 1. §. 3. l. quamvis 32. §. ult. de acquir. possess. l. 3. C. eod. Don. 5. comm. 11.* Quod de infante, idem etiam de infantiæ proximo hic dicitur: Nullum eum habere intellectum; *in l. 9. de acq. hær.* dicitur: Nihil scire aut discernere; alibi: Non intelligere, quod agitur; *l. 1. §. huic proximus 13. de obl. & act. l. 6. rem pup. salv.* Actum rei non intelligere, *l. 5. de reg. jur.* Cæterùm cùm & hic & iisdem illis locis proditum sit: Eum, qui infantiæ proximus est, & stipulari, & promittere, & hæreditatem adire, omniaque tutore auctore non minùs rectè agere posse, quàm qui proximus sit pubertati; quantumvis id benignè receptum sit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica salis accipienda est: quòd ille scilicet nullum omnino intellectum habeat; hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat quod agitur; hic non omnino. Nam si nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet; ne tutore quidem auctore quicquam agere posset: neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda esset quàm in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major idemque infantiæ proximus sponsalia contrahere, item sine auctoritate tutoris incipere possidere queat, quàm quòd ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur; ut disertè testantur Jurisconsulti, *l. 14. de sponsal. l. 1. §. furiosus, de acq. poss. l. quamvis 32. §. ult. eod. tit.*

Idem juris, quod pubertati proximi] Ut scilicet stipulando aut aliter contrahendo sibi obligationem acquirere, & cum tutoris auctoritate omnia rectè gerere possint; *l. 1. de reg. jur.* Quod cum illis benigniter præstitum dicatur; *l. 1. § huic proximus 13. de obl. & act. l. 9. de acq. hær. & hoc text.* sciamus, in aliis adhuc differentiam manere; veluti quòd qui tam impubes est, ut adhuc infantiæ sit proximus, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax est pubertati proximus; *l. pupillum 111. de reg. jur. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 3. §. 2. de sepulch. viol. l. impuberem 23. de furt. l. 13. §. 1. de dol. mal. Gomez 3. resol. 1. n. 57.* & cum infantiæ proximus, cum remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem planè causa cum infante & furioso tamquam nullum intellectum habens ponatur; de pupillo pubertati proximo quæri intelligitur, cum quæritur, an non saltem pupillus ex contractu sine tutoris auctoritate inito naturaliter obligetur. De quæstione quid habendum sit videamus. Et posito eo, quòd pupillus,
qui pubertati proximus est, jam intelligere quod 4
agitur, velle & consentire natura potest; neminem dubitare oportet, quin ex conventione sua naturaliter obligetur. At pupillum, qui ejus ætatis sit, actum rei intelligere, ac proinde consentire posse; satis probant hic textus & supra citati

loci,

loci, in quibus hoc solo intuitu infantiæ proximus separatur à proximo pubertati: quòd ille non intelligat quod agitur; hic intelligat: ille doli expers sit; hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Justinianus pronuntiat: Nullum esse eorum animi judicium; *§.1.seq. quib. non est perm. fac. test.* id quidem rectè etiam dicitur de pubertati proximis: sed in re, de qua ibi agitur, de dispositione testamentaria, in qua meritò majus & solidius judicium requiritur, etiam in ullam partem pupillaris ætatis cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis expressè traditum est: pupillum (intellige semper adulto proximum) sine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari; ut in *leg. cum illud 25. §. 1. quand. dies leg. l. si pupillus 21. ad leg. Falc. l. Stichum 95. §. 2. de d. solut.* Idemq; & effecta huic obligationi Jure civili tributa arguunt; veluti quòd fidejussor acceptus pro eo, quod pupillus promisit, teneatur; *l. si pupillus 127. de verb. oblig.* quòd præcedens obligatio, pupillo eam citra tutorem in se suscipiente, novetur; *l. 1. in fin. de novat.* Ex quo corruit distinctio eorum, qui eo demum casu pupillum sine tutore naturaliter ex contractu obligari statuunt, cum locupletior factus est. Nemo enim ex promissione sua, aut susceptione alienæ obligationis umquam fit locupletior. Deinde si ex gestu aut contractu sine tutoris auctoritate locupletior factus sit pupillus; non naturaliter tantùm, sed etiam civiliter obligatus ex Constitutione D. Pii ut actio in eum, in quantum locupletior factus est, detur; *l. 3. §. pupillus 4. de neg. gest. l. 5. pr. & §. 1. de auct. tut.* de quo casu non potest intelligi *d. l. 127. de verb. obl. ubi vid. Don. num. 11.* Quod verò id, quod pupillus ita debet, compensari aut solutum retineri non potest; non eam rationem habet quòd nulla verè hic subsit obligatio: sed quòd personæ pupilli hoc tributum est, ne obligatio ei noceat. Planè quoniam effectus naturalis obligationis, quæ ex conventione nascitur, potissimum cernitur in jure compensandi & soluti retinendi; *l. 6. de compens. l. naturales 10. de obl. & act.* in persona autem pupilli obligatio eumdem effectum non habet; inde fit, ut de pupillo sine tutoris auctoritate contrahente sic aliquando loquantur Jurisconsulti, tamquam ne natura quidem isto modo obligaretur; *l. quod pupillus 41. de cond. ind. l. pupillus 59. de obl. & act.* habita, inquam, ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus obligationi vis omnis detracta est, quatenus ipsi nocere possit: non autem considerata conditione obligationis, quasi nulla omnino subesset; alioqui ne accessiones quidem admitteret, aliisve prodesse aut nocere
5 posset. Si quis adhuc scrupulus hæret; eum eximere poterunt, quæ de naturali obligatione disputamus, *sup. ad rubr. de oblig. 5. & tract. de pact. c. 14.* Multò magis promittendo jure naturali obligantur puberes minores 25. annis. Quippe qui si curatorem non habent, etiam jure civili ex conventione sua obligentur: ita ut captis necessaria sit in integrum restitutio. Enim verò si curatorem acceperint; consensum ejus adhibere debent: alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur; *l. 3. C. de in int. rest. min.* cui è diametro obstare videtur *l. puberes 101. de verb. obl.* nisi dicamus: Verbum *suis in d. l.* generalem tantùm respectum curatorum & adultorum tamquam correlatorum exprimere. Modestinus haud dubiè Græcè sic scripsit, ἔφηβοι οἱ ἄνευ κουρατόρων, &c. Quòd autem quidam eum locum restringunt ad sponsalia aut nuptias; oppidò quàm ineptum est. *DD. in d. l. 3. & in d. l. 101.* mirè variant in horum locorum conciliatione; *vid. d. cap. 14. de pact.* Ubi *num. 16.* probo sententiam Tim. Fabri *anniverſ. disput. 9.* verba *d. l. 101. puberes sine curatoribus suis &c.* sic interpretantis: Absentibus curatoribus suis puberes alibi versantes sine curatoribus, quos habent, &c. non utique sine eorum consensu; sed præsentia, ut intelligamus; hoc inter impuberes puberesque interesse; quòd tutor in ipso negotio præsens esse, & statim auctor fieri debeat; *lib. 9. §. penult. de auct. tut.* curatoris autem consensus etiam postea accedens, atque ejus etiam, qui præsens non fuit, sufficiat.

Ne auctore quidem patre obligatur.] Absurdum videri potest, quod hic Justinianus & Jurisconsultus, *in l. ult. §. 2. de verb. obl.* tradunt: Impuberem filiumfam. quamvis infante majorem ne auctore quidem patre obligari, cùm pupillus, ex quo fieri posse cœperit, obligetur auctore tutore. Sed sciendum tutoris & patris, pupilli & impuberis, qui in potestate est, dissimilem esse rationem. Pupillus non tutori, sed sibi acquirit; placetque, eum etiam sine tutoris authoritate contrahendo alios sibi obligare: quo fit, ut ad utilitatem pupilli pertineat, ut & ipse invicem saltem tutore auctore obligari possit, cùm alioqui nemo facilè cùm eo contracturus sit. At qui in potestate patris est, non sibi, sed patri acquirit, non ad suam, sed ad patris utilitatem contrahit: ut 6
proinde numquam è re impuberis in potestate constituti esse possit, vicissim obligari. Ideòque cùm pater auctor esse non possit, ut filius sibi acquirat, placet, nec auctorem esse posse, ut filius obligetur. Quòd si patri videbitur è re sua esse obligari, ipse promittat. Planè cum pater, non ut pater, sed ut legitimus administrator bonorum filii adventitiorum consideratur, auctoritatem filio impuberi accomodare potest *l. si infanti 18. in fin. Cod. de jur. delib. leg. ult. §. sin autem 4. in fin. 8. de bon. quæ lib. &c.* Et ita utimur.

Textus.

De conditione impossibili.

10 *Si impossibilis conditio stipulationibus adjiciatur; nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat; veluti si quis ita dixerit:* Si digito cœlum attigero,

da e spondes? *At si ita stipuletur*; Si digito cœ um non attigero. dare spondes? *purè facta obligatio intelligitur, ideòque statim peti potest.*

NOTÆ.

10. *Nihil valet stipulatio*] *l.7.l. 35. eod. l. 1. §. 11. de obl. & act.* nec ulli contractus, *l. 31. d. tit.* Secus est in ultimis voluntatibus; *§. 10. sup. de hær. instit.* Diversi juris rationem tibi suppeditabit, *d. l. 11.*

Cui natura impedimento] Huic similis est, quæ legibus ac bonis moribus contraria; *leg. 13. de cond. instit. l. 26. & seq. de verb. obl.*

Si digito cælum non attigero] Hæc stipulatio non continet conditionem impossibilem, *ἀναγκαῖον τι*. Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria. Aristot. *περὶ ἑρμ. cap. pen.* Consentiunt J.C. *leg. 7. & 8. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cujus affirmatio impossibilis, ejus negatio necessaria,*

EX defectu causæ efficientis seu consensus contrahentium est, quod hic docemur: stipulationem nullius momenti esse, quæ concepta est sub conditione impossibili: nam qui sub conditione quid promittit; is se obligari non vult priùs quàm conditio extiterit; unde fit; ut si defecerit conditio, consterque jam ampliùs eam existere non posse, nihil actum aut promissum videatur. Idem ergo & maximè evenire necesse est, cum stipulatio facta est sub conditione impossibili; quippe quam jam nunc statim certum est defecisse, cùm natura existere non possit. Neque hoc solùm in stipulationibus; *l. 1. §. item 11. de obl. & act. l. 7. leg. stipul. 35. de verb. obl.* sed in cæteris quoque conventionibus locum habet: siquidem in omni contractu & pactione volunras contrahentium aut paciscentium spectanda, qui procul dubio nihil agi existimant, cum conventioni apponitur ea conditio, quam sciant esse impossibilem; *l. non solum 21. de obl. & act.* Aliud juris est in ultimis voluntatibus, quarum favore impossibilis conditio sub colore mendi detrahitur, & pro non scripta habetur; *l. 1. de cond. inst. vid. sup. §. impossibiles 10. de hær. inst.*

Cui natura impedimento est] Impossibilis conditio propriè est, quæ in eum casum consertur, cujus eventus natura prohibetur. Cæterum & eam non ineptè impossibilem dixeris, quæ turpis est & legibus ac bonis moribus contraria; quoniam nec illud fieri posse credendum est, quod leges & boni mores fieri prohibent; *l. filius 15. de cond. inst.* & sub tali q̄ ... que conditione facta stipulatio æquè nul..s momenti est; *l. generaliter 26. cum seq. l. ... stipuler. 33. §. 1. l. stipulatio 62. l. continuus 137. §. cum quis 6. de verb. obl.* De turpi stipulatione separatim agitur inferiùs, *§. quod turpi 26. hoc tit.*

Si digito cælum attigero] Impossibilitas conditionis non ex re, quæ in ea est, sed ex eo, quod de ea re fieri debet, æstimanda est. Nam quod fieri debet, si per rerum naturam fieri non potest; conditionem habet impossibilem: sin potest; possibilem: quòd si etiam fieri non potest, quin eveniat; necessariam. Itaque hæc stipulatio: *Si digito cælum non attigero dare spondes?* non continet conditionem impossibilem, ut prior illa in faciendum concepta; *Si digito cælum tetigero:* sed necessariam, & quam certum est exstituram 1
esse; *Thom. in 4 distinct. 19. art. 3. q. 3.* Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria ex regula Dialecticorum; *Arist. de interp. cap. pen.* Ex quo porrò intelligitur: sola verborum figura hujusmodi stipulationes conditionales esse revera non esse, sed puras; *l. 9. §. 1. de negat.* ubi Jurisconsultus scribit Eum, qui sub cōditione stipulatur, quæ omnino extitura est, purè stipulari videri. Et verò absurdum esse, aut suspendi obligationem, aut petitionem differri ea conditione, quæ hoc ipso revera jam extitit, quòd non potest non existere. Rectè igitur hic ait Justinianus: si talis conditio inferatur stipulationi, *Si digito cælum non attigero*; purè contractam obligationem intelligi, & protinus ex ea agi posse. Consentiunt Jurisconsulti *in l. 7. & l. 8. de verb. obl.*

TEXTUS.

De absentia.

11. *Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cùm hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, fortè post tempus tales allegationes apponentibus, & non præsentes fuisse vel se vel adversarios suos contendentibus; ideò nostra Constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus: Tales scripturas, quæ præsto esse partes indicant, omnino esse credendas; nisi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit, toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.*

NOTÆ.

11. *Inter absentes concepta*] Quia stipulatio confici non potest, nisi utroque loquente, & altero alterum audiente; *l. 1. eod. l. 3. hoc tit.* Non adversatur *l. 57. de don. int. vir. & ux.* Nam litteris illis uxoris, de quibus illic, cautio stipulationis inter præsentes conjuges interpositæ comprehensa fuit.

Vel per testes idoneos] Debet autem hæc contraria probatio, sive per tabulas sive per testes fiat, talis esse, ut auctoritate superes scri-

scripturam ex adverso prolatam; argum. *leg.* 8. *C. de prob.*

Toto eo die, &c.] Igitur quod dicitur: factum negantis per rerum naturam probationem nullam esse; *l.* 23. *C. d. tit.* non pertinet ad factum, quod tempore & loco circumscriptum est, cujus negatio per indirectum probari potest; *d. l.* 14. *C. de cont. stip.* Quintil. *lib.* 5. *cap.* 6. & 7. Aristot. Rhet. *ad Alex. c.* 14.

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur l.* 57. *de don. int. vir. & ux.*
2 *Summa Constit. in l.* 14. *C. de cont. stip.*
3 *Probatio negativæ arctatæ loco & tempore.*

Inter absentes concepta inutilis est] Si stipulatio confici non potest, ut aliquoties dictum est, nisi utroque loquente & altero alterum audiente; perspicuum est, absentem non magis, quàm mutum aut surdum stipulationem contrahere posse; *l.* 1. *pr. de verb. obl. l.* 3. *C. hoc tit.* Non adversatur Paulus *in l. ea quæ,* 57. *de don. inter vir. & ux.* ubi
1 profert epistolam, qua continetur sponsio absenti viro ab uxore absente missa. Intelligi enim debet stipulationem antea inter præsentes conjuges interpositam fuisse, ut est lex & conditio stipulationis, cujus inter præsentes interpositæ cautio literis illis uxoris continetur. Absentes variè pro loco dicuntur: hic sunt, qui invicem audire non possunt; *d. l.* 1. *de verb. obl.*

Propter celeritatem dirimendarum litium] Cum ex eo quòd non nisi inter præsentes stipulatio fieri potest, occasionem litis caperent homines contentiosi, objiciendo: se vel adversarium suum quo die stipulatio celebrata dicitur, absentes fuisse: nec satis expeditum esset, actorne stipulationem factam esse affirmans, partium præsentiam an reus factam negans, suam vel adversarii absentiam probare deberet; Justinianus hujusmodi litium materiam constitutione sua amputavit, quæ extat *in l. optimam* 14 *C. de cont. stip.* Voluit fidem haberi scripturæ; idoneæ nempe ad probandum, qua continetur: Partes præsentes fuisse; nisi qui contradicit manifestè ostendat per scripturam vel testes omni exceptione majores: se vel adversarium toto eo die alibi fuisse, vel, quod eodem recidit: aliqua ejus
2 diei parte tam procul egisse, ut illo tempore in loco, quo instrumentum confectum dicitur, esse non potuerit. Itaque in hoc quidem utile est, locum & diem instrumento inseri. Debet verò illa probatio, sive per instrumentum sive per testes fiat, aliquantò potentior esse scriptura ex adverso prolata, ut judici fidem faciat; per *l. pracibus* 18. *C. de probat. DD. ad d. l. optimam, C. de contr. stip.*

Scripturas tales esse credendas.] Id est, veras esse præsumendum. Quæ tamen præsumptio non est juris & de jure, ut loquuntur, cùm adversùs eam admittatur contraria probatio: sed juris tantùm. Atque hanc pro instrumento præsumptionem Interpretes appellant præsumptionem veritatis; eò quòd verum esse præsumitur & creditur quod in instrumento scriptum est, donec contrarium probetur. Est enim pro instrumento & alia præsumptio, quæ dicitur solemnitatis. De qua *inf.* §. *si scriptum* 16.

Toto eo die, quo conficiebatur instrumentum.] Facti, quod tempore & loco circumscribitur, negatio probari potest; veluti si quod me Lugduni promisisse aut mihi numeratum fuisse dicitur Calendis Januariis, id me promisisse aut mihi numeratum esse negem, quia eo die Romæ fuerim. Nam quod dicitur: factum negantis naturali ratione probationem nullam esse; *l. actor.* 23. 3
Cod. de probat. leg. 10. *Cod. de non num. pec.* id verum est, quatenus solùm negat, nec quicquam affirmat præterea. Quòd si quis priùs aliquid affirmet & probet; unde id quod negat per necessariam consequentiam colligatur; hac ratione etiam id quod negat probari videtur: quamquam ne sic quidem revera quicquam probat quatenus negat, sed quatenus affirmat tantùm; *DD. in d. l. actor. Cod. de prob. Duar. cap.* 4. *de probat. in post. comment. Donell. cap.* 4. *de probat. Quintil. lib.* 5. *c.* 6. & 7.

TEXTUS.

De stipulatione post mortem, vel pridie quàm alter contrahentium moriatur.

12. *Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quàm post mortem ejus, à quo stipulabatur. At nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus, stipulari poterit: quia patris vel domini vox loqui videretur. Sed & si quis ita astipuletur:* Pridie quàm moriar; *vel:* Pridie quàm morieris, dare spondes? *inutiles erat stipulatio. Sed cùm, ut jam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valeant; placuit nobis: etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem; ut sive post mortem, sive pridie quàm moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit, stipulatio valeat.*

NOTÆ.

12. *Pridie quàm moriar.*] Hæc enim formula incipit in speciem præcedentem: quia illud *pridie* certò sciri non potest, nisi post eorum mortem. Eamdemque ob causam etiam hujusmodi legatum inutile erat: §. 35. *sup. de legat.*

Placuit nobis] *l.* 11. *de cont. stip.* Alia Constitutione abrogavit memoratam juris antiqui regulam; *d. l. un. C. ut act. ab her.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur stipulationes hic propositæ olim pro inutilibus habitæ.*

2 *Qua ratione motus Justinianus jus vetus mutavit.*

1 OLim nemo stipulari poterat, post mortem vel suam vel promissoris sibi dari; cujus rei hæc una & vera ratio est: quòd ita jus erat, ut obligationes & actiones, quæ non cœperant à defuncto vel contra defunctum, à persona hæredis vel contra eum non inciperent; quasi in his nec defunctum repræsentaret. Eamdemque ob causam etiam post mortem hæredis aut legatarii inutiliter legabatur, §. *post mort. 35. sup. de legat.* Exceptio hujus regulæ videtur in mandato post mortem, *l. 12. in fin. cum l. seq. mandat.*

Pridie quàm moriar] Putaverunt Veteres hanc stipulationem. *Pridie quàm moriar*, aut *Pridie quàm morieris dabis?* incidere in speciem præcedentem, cum quis post mortem aut suam aut promissoris stipulatur, propterea quòd illud pridie certò sciri ac definiri non potest, nisi post reorum mortem. Qua de causa hujusmodi quoque legatum, *Pridie quàm hæres aut legatarius moriatur*, inutile esse censebant, *d. §. post mortem sup. de legat.*

Placuit nobis, in hunc juris articulum.] Justinianus scrupulosam hanc juris veteris subtilitatem sustulit Constitutione sua; quæ extat *in l. scrupulosam 11. C. de cont. stip.* ut jam & stipulatio in tempus, post mortem, aut in, aut ante diem mortis tam stipulatoris, quàm promissoris, concepta valeat, & post mortem hæredis vel legatarii, aut pridie quàm morientur, liceat legare. Idem alia Constitutione in universum adrogavit regulam juris antiqui, voluitque, obligationes & actiones etiam ab hæredibus & contra hæredes incipere posse, *l. unic. C. ut act. ab hær.* In hujus juris mutatione ait: Se respexisse, non ad conceptionem verborum, sed ad sententiam & mentem contrahentium, quasi qui stipuletur post mortem suam sibi dari, non debeat existimari tam stultus ut sibi ipsi in id tempus stipuletur: sed hoc perinde sit accipiendum, ac si post mortem suam stipulatus esset hæredi suo, in cujus persona quodammodò
2 adhuc vivere videatur. Unde quidam putaverunt: stipulationem pactam in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris, Veteribus ipso genere habitam fuisse pro impossibilis, eo quòd nec dare mortuus nec accipere possit. Sed hac ratione efficitur, ut & hæc quoque stipulatio, *Cùm moriar*, vel *Cùm morieris, dabis?* apud Veteres inutilis fuerit, contra §. *Ita autem 14. Inf. eod.* & tale legatum, *Hæres meus post mortem suam Titio centum dato*, utile, arg. eorum, quæ notavimus ad calcem, §. *Item 5. sup. de verb. obl.* & *ad §. impossibilis 10. sup. de hæred. instit.*

TEXTUS.

De stipulatione præpostera.

13 *Item si quis ita stipulatus erat:* Si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? *inutilis erat stipulatio, quia præposterè concepta est. Sed quàm Leo inclytæ recordationis in dotibus eamdem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit; nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.*

NOTÆ.

13. *Nobis placuit*] Justiniano placuit præposteras stipulationes in universum valere perinde, quasi vel in diem vel sub conditione tantùm conceptæ essent, exactionemque usque ad diei vel conditionis eventum differri, *l. 25. C. de testam.* ubi etiam mentio Constitutionis Leonianæ, quæ intercidit.

COMMENTARIUS.

STipulationes hoc modo aut simili conceptæ: *Si navis cras venerit hodie dare spondes?* præposteræ dictę sunt: quoniam qui ita stipulatur, filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem constitui ante eventum conditionis: quod est ὕστερον πρότερον: cum in omni stipulatione conditionali obligatio ex eventu conditionis pendeat; §. 4. *sup. de verb. obl.* Itaque hujusmodi conceptiones ut futiles & manifestam contradictionem implicantes Veteribus improbatæ sunt. Unde dubitatum est de stipulatione concepta hoc modo: *Si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?* num & ipsa præposterè concepta videri debeat. Sed præposteram non esse indicat particula *Tum*, quæ refertur ad tempus existentis conditionis, ut tota obligatio & datio à conditione pendeant: licèt retro habita ratione præteriti temporis, tunc cùm conditio extiterit, dari oporteat; *l. hujusmodi 64. de verb. obl.*

Si navis cras ex Asia, &c.] Ita & Th. ἐὰν ἡ ναῦς αὔριον ἔλθῃ ἀπὸ Ἀσίας. Et quamvis quidam codices non habeant verbum *Cras*; eo tamen addito clarior fit præposteratio. *Pac.*

Sed quum Leo inclytæ recordationis.] Cùm præposteræ stipulationes in dotibus à Leone admissæ essent Justinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis stipulationes valere statuit. Cùmque ut valeant necesse sit, aut detrahere conditionem diemve, ut tota pura sit obligatio: aut præsentis temporis mentionem, ut tota sit conditionalis inve diem; posterius Justiniano placuit: ut scilicet perinde valeant, quasi vel in diem vel sub conditione tantùm conceptæ essent, ac proinde exactio usque ad diei aut conditionis eventum differretur: *l. præpostere 25. C. de test.*

TEXTUS.

De ſtipulatione collata in tempus mortis.

14 *Ita autem ſtipulatio concepta, veluti ſi Titius dicat*: Cùm moriar, dare ſpondes? *vel*: Cum morieris; *& apud Veteres utilis erat, & nunc valet.*

15 *Item poſt mortem alterius rectè ſtipulamur.*

NOTÆ.

14 *Cùm moriar, Cum morieris*] Hæ formulæ ſemper probatæ fuerunt; *l.* 45. §. 1. *& pen. de verb. obl. l.* 79. *de cond. eod.* etiam in legatis; *l.* 1. §. 2. *l.* 79. §. 1. *de cond. & dem.* Ulp *tit.* 24. §. 15. ſcil. Auctores noſtri totum illud, quod mori dicitur, vitæ adſcribunt; *l.* 18. §. 1. *de man. teſt.* Cujac. 3. *obſ.* 34. qua de re olim quæſitum; Gell. 6. *c.* 13.

15 *Poſt mortem alterius.*] In hac formula: *Poſt mortem Titii dare ſpondes*, apertè ceſſat ratio ob quam placebat, ſtipulationem poſt mortem contrahentium conceptam non valere: ideòque numquam improbata fuit.

COMMENTARIUS.

AUctores noſtri ex ſentẽtia quorumdam Philoſophorum (*vid. Gell. lib.* 7. *cap.* 13.) momentum moriendi vitæ priùs, quàm morti dandum cenſuerunt; cui conſequens eſt: ut etſi quæ in tempus poſt mortem non rectè conferuntur; rectè tamen conferantur in tempus moriendi. Unde hæ formulæ; *Cùm moriar*, vel: *Cum morieris dare ſpondes?* ſemper probatæ fuerunt; *l. quodcumque* §. 1. *& pen. de verb. obl.* uti & legatum hujuſmodi: *Cum hæres morietur*; *l. hæres* 79. §. 1. *de cond. & dem. Ulp. tit. de legat.* §. *poſt mortem* 15. Neque obſtat hic regula juris veteris, quæ vetat actiones ab hæredibus & contra eos incipere. Nam cùm momentum moriendi non morti, ſed vitæ attribuatur; obligatio & actio in caſu propoſito à defuncto aut contra eum incipere intelligitur, indeque ad hæredem tranſmitti: quemadmodum & conditiones quædam ſunt, quæ extraneo vitæ momento implentur; *leg. ult. de cond. inſt.* add. quæ ſcripſimus ad §. *poſt mortem* 35. *ſup. de leg.* Hoc autem jure poſito, poſſe quemque ſibi ſtipulari, Cùm morietur; admittendum fuit ut etiam qui in aliena poteſtate ſunt, eodem modo ſibi ſtipulari poſſint: ut obligatio acquiratur domino vel patri, in quorum erunt poteſtate cum morientur; *l. quodcumque* 45. §. 1. *de verb. oblig.*

Poſt mortem alterius] Stipulatio quoque hoc modo concepta: *Poſt mortem Titii dare ſpondes?* numquam improbata fuit: nimirum quia & hic ceſſat ratio, ob quam placebat, ſtipulationes in tempus poſt mortem contrahentium conceptas non valere. Quæritur autem: Quid hic futurum ſit, ſi ſtipulator ante Titium moriatur. Reſpondet D. Bachovius: Spem debitum iri in hæredem ſtipulatoris tranſmitti, ut juris eſt in ſtipulatione conditionali; §. 4. *ſup. de verb. obl.* Ego verò didici, diem adjectum, quem certum eſt extiturum eſſe, etſi ignoretur quando, in contractibus conditionem non facere, neque hujuſmodi ſtipulationes, *Cum moriar, Cum morieris, Cum Titius morietur*, jure conditionalium cenſeri, ut obligationem differant: ſed eumdem effectum habere, quem habent conceptæ in diem certum, ut ſtatim in his dies obligationis cedat, & pecunia debeatur: ſed peti tantùm antequàm dies veniat, non poſſit; §. 1. *ſup. d. titul. l.* 17. *de cond. & dem.* Itaque in propoſito dicendum eſt: Non nudam ſpem debitum iri ad hæredem ſtipulatoris tranſmitti: ſed tranſmitti debitum ipſum atque obligationem, quæ ſtipulanti ſtatim quæſita fuit.

TEXTUS.

De promiſſione ſcripta in teſtamento.

16 *Si ſcriptum in inſtrumento fuerit: Promiſiſſe aliquem; perinde habetur, atque ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit.*

NOTÆ.

16 *Si ſcriptum in inſtrumento*] *leg.* 30. *l.* 134. §. 2. *de verb. obl. l.* 1. *C. de cont. ſtip.* Paul 5. *ſent.* 7. unde hic locus ſumptus eſt. Duplex eſt igitur pro inſtrumento præſumptio: una veritatis de qua §. 11. *ſup.* altera ſolemnitatis; de qua hoc loco. Cæterùm adversùs hanc quoque ſpeciem præſumptionis contrarii admittenda probatio; per *l.* 7. §. 12. *de pact.*

COMMENTARIUS.

PRo inſtrumento duplex præſumptio eſt: una quæ dicitur veritatis; propterea quod verum eſſe creditur, quòd ſcriptum eſt, niſi contrarium manifeſtè doceatur; §. *item* 11. *ſup. eod.* altera quam appellant præſumptionem ſolemnitatis; quoniam ſi de re aliqua, quæ certas ſolemnitates jure deſiderat, ſcriptum ſit in inſtrumento eam interveniſſe etſi expreſſum non ſit, geſtam eam eſſe adhibitis ſolemnitatibus, quæ jure exiguntur; tamen hoc ipſum intelligitur, omniaque creduntur ſolemniter acta; *l. ſciendum* 30. *de verb. obl.* Veluti ſi ſcriptum ſit in inſtrumento: Promiſiſſe aliquem perinde hoc haberi placet, ac ſi ſcriptum eſſet: Interrogatione præcedente reſponſum eſſe; *l. Titia* 134. §. 2. *de verb. obl. l.* 1. *C. de contr. ſtip. paul.* 5. *ſent.* 7. unde hic locus deſcriptus videtur. Item ſi ſcriptum ſit: Fidejuſſiſſe aliquem; præſumitur, id factum ritè atque utiliter, interpoſita ſcilicet ſtipulatione; §. *ult. tit. ſeq.* Cæterùm adversùs hoc quoque genus præſumptionis contrariam admitti probationem verius eſt; *l. juris gentium* 7. §. *quod fere* 12. *de pact.* Donell. ad *d. l. ſciendum* 90. *de verb. obl.*

TEXTUS.

De pluribus rebus.

17. *Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur: siquidem promissor simpliciter respondeat*, Dare spondeo; *propter omnes tenetur. Si verò unam ex his vel quasdam daturum se spoponderit; obligatio in iis, pro quibus spoponderit, contrahitur, Ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfectæ: singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere debemus.*

NOTÆ.

17. *Propter omnes tenetur.*] Sive universæ verbo collectivo in stipulatum deductæ sint; veluti: *Quadrigam illam dare spondes?* sive nominatim singulæ; veluti. *Stichum, Pamphilum & Erotem dabis?* ubi tot stipulationes sunt, quot species. Ratio est: quia indefinita responsio pro universali valet; §. 5. *sup.* add. *l.* 29. *l.* 86. *de verb. obl. l.* 32. *de evict.*

Pro quibus spoponderis] *l.* 83. §. 4. *de verb. obl.* Aliud est, si quis stipulante me Stiehum aur Pamphilum disjunctim, unum se daturum respondeat, *d.l.* 83: §. 2. quia ille similis est ei, qui stipulanti sub conditione purè promittit, mutata forma interrogationis; *v. sup.* §. 5.

Et ad singulas respondere] Quarum sc. præstatione adstringi volumus: neque enim indiget hic locus emendatione Hotomanni.

COMMENTARIUS.

1 *Cur, cùm plures res nominatim in stipulatum deducuntur, dubitatum: an promissor simpliciter respondendo in omnes teneatur.*
2 *Interesse, utrùm plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deductæ.*
3 *Hotomanni emendatio improbata.*

RES plures duobus modis una conceptione in stipulatum deducuntur: vel nominatim ut verbis stipulationis singulæ exprimantur; veluti: *Stichum & Pamphilum dare spondes? Decem & quindecim dabis? Servum fugitivum non esse, erronem non esse, furem non esse, spondes?* vel collectim, ut verbo uno generali sive communi res plures significentur; ut *Summam illam* aut *Acervum illum pecuniæ dabis? Quadrigam*, aut *Familiam*, aut *Lecticarios dabis?* Illic plures intelliguntur esse stipulationes; tot videlicet, quot sunt
1 summæ aut res in stipulatum deductæ; hic ut una conceptio ita quoque stipulatio una; *l. scire* 29. *l. quod dicitur*, 86. *de verb. obl. quia dicitur de evict.* Excipe speciem *l. Titia* 133. §. *ult. de verb. obl.* De posteriore specie nullum dubium est, quin promissore simpliciter respondente, *Dabo*, obligatio rectè constituta sit. De priore autem dubitari poterat: an una simplex & indefinita responsio promissorem in res omnes, quæ expressæ sunt, obligaret: quoniam cum, uti dictum est, plures hic intelliguntur esse interrogationes; plures quoque responsiones ad perficiendum stipulationem requiri videntur. Sed placet, unam & hic responsionem sufficere: quippe simpliciter respondendo,
Dabo; ita promissorem respondere videri, ut sti- 2
pulator verba concepit, & quasi præivit; §. *præterea sup. eod.* Itaque intelligendum est etiam in una illa responsione plures esse responsiones. Extat apud Livium *lib.* 1. deditionis Collatinorum hæc formula: *Dedistisne vos populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, divina humanaque omnia, in meam populique Romani ditionem? Dedimus.*

In iis pro quibus responderis] Nam ubi plures sunt stipulationes; illæ censentur perfectæ, ad quas responsum est: verbi causa, si ego stipuler Stiehum & Pamphilum, tu unum ex his spoponderis, teneris in hunc unum: quia ad unam ex duabus stipulationibus videris respondisse; *l. inter* 83. §. 4. *de verb. oblig.* Diversa causa est rerum plurium disjunctim in stipulationem deductarum; veluti si stipulante me Stichum aut Pamphilium, tu unum te daturum spoponderis; hic enim, quia mutata qualitate stipulationis respondes, purè
promittens quod sub conditione stipulatus sum, 3
vitiatur tota obligatio; *d. l. inter* §. 2. *junct. l.* 1. §. 3. *eod.* In pluribus tamen summis hic quod minus est sponderi intelligitur; *d. l. inter* §. 3. *dixi sup.* §. *præterea hoc tit.*

Et ad singulares respondere debemus.] Siquidem in res omnes, de quibus interrogati sumus, obligari volumus: alioqui si ad quasdam dumtaxat respondeatur, obligatio in his tantùm contrahitur, ad quas responsum est; in cæteris manet stipulatio imperfecta atque inutilis: quæ hujus loci sententia est, non usque adeò obscura, ut probare non possim emendationem Hotomanni, qui sic legendum existimat, *non ad singular respondere debemus.*

TEXTUS.

De pœna adjecta stipulationi, alii dari.

18. *Alteri stipulari (ut supradictum est) nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi quod sua interest. Cæterùm si alii detur; nihil interest stipulatoris. Planè si quis velit hoc facere; pœnam stipulari conveniet: ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Pœnam enim cùm stipulatur quis; non illud inspicitur, quod intersit ejus: sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur:* Titio dari; *nihil agit. Sed si adjecerit pœnam:* Nisi deberis, tot au-

reos

reos dare spondes? *tunc committitur stipulatio.*

Notæ.

18 *Nihil interest stipulatoris*] Peculiariter scilicet. Affectioni autem tantùm tributum non est, ut propter eam extraneo obligatio acquiratur.

Pœnam stipulari convenit. Et igitur valet etiam pœnalis stipulatio subjecta stipulationi inutili: nisi fortè ideò inutilis sit, quia continet quod impossibile aut turpe est, *leg. 61. leg. 69. eod.*

Sed quæ sit quantitas]d.*leg.*38.§.17. Ergo quantacumque pœna fuerit, tanta commissa stipulatione peti potest, quamvis duplo aut triplo major quàm efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit. Don. in *l.*38.§.17.*in nis.*

Commentarius.

1 *Etiam inutili stipulatione pœnalem subjectam valere.*
2 *Pœnam committi etiam ei, cujus nihil interest.*
3 *Quantacumque pœna promissa sit; tantam deberi.*
4 *Citramontanorum circa hunc articulum restrictio.*

Qui alteri dari aut fieri stipulatur; neque sibi obligationem aut actionem acquirit; quia sibi stipulatus non est: neque alteri, quia hoc pugnat cum fine stipulationum omniumque obligationum, quippè quæ ad hoc jure civili constitutæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest; ut verò alii detur, nihil interest nostra; *hoc text.& l.stipulatio 38. §.alteri 17. de verb. obl.* In summa; qui alii dari stipulatur; nihil agit: qua de re dictum copiosè, adjectis aliquot cautionibus & praxi horum temporum, sub §.4.*sup.eod.* Cæterùm quia sæpè ad affectionem & votum nostrum pertinet, alteri, cui cautum volumus, dari, ostenditur hoc loco & apud Jurisconsultum ratio qua quod alteri stipulando rectà consequi non possumus, id obliqua via consequamur, aut certè non minùs nobis consulatur. Ea est, ut si quis alteri dari aut fieri stipulatus velit hoc fieri, pœnam stipuletur si ita factum non erit, uti cautum est: sic enim futurum est, ut metu pœnæ promissor faciat quod promisit; cùm si id ita factum non sit; committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest.

Pœnam stipulari convenies] Tria hoc solo & *d.l. stipulatio*, §.*alteri*, de pœnali stipulatione statui animadvertere possumus. Primum: Pœnam utiliter non posse stipulari etiam tunc, cum stipulatio, cui pœna subjicitur, jure non valet. Deinde Pœnam, existente conditione, deberi & peti posse, etsi stipulantis non intersit id fieri, de quo cautum erat, & cujus non facti nomine subjecta erat pœnalis stipulatio. Postremò: Quantacumque pecunia pœnæ nomine promissa erit, tantam deberi. Quæ an verè omnia dicantur? videndum est. Adversùs primum objici potest: Quòd pœnæ stipulatio videtur pendere ex priore, cui subjicitur, ejusque esse accessio quædam & sequela; ideòque priore non consistente, & ipsam consistere non posse, cùm sine re principali accessioni locus esse nequeat. Argumento esse: quòd stipulatio pœnæ non committitur, quæ subjecta est stipulationi impossibili, aut rei turpis; *l. stipulatos 61. l. si homo 69. de verb. obl.* Respondeo; Verum non est, quod hic assumitur; Pœnalem stipulationem esse accessionem prioris; sed æquè atque illa principalis est, ut nihil prohibeat, quominùs subjecta pœnalis stipulatio utilis sit, licèt prior, cui subjicitur, sit inutilis: cùm nunquam una stipulatio, quæ per se utilis esse potest, per aliam inutilem vitietur; *l. 1. §. penult. eodem.* Quòd verò impossibili aut turpi stipulationi subjecta pœnæ stipulatio & ipsa inutilis est; non ex eo fit, quòd pœnalis stipulatio est accessio ejus, cui subjicitur; sed quia hic eodem vitio quo prior laborat. Quippè subjecta impossibili; & ipsa impossibilis habetur, turpi subjecta; & ipsa turpis, ut potè delicti invitandi causa subjecta. Neque verò pecunia dari potest ut pœna, ubi non præstat promissor quod natura aut jure præstare non potest; *argum. l. aliud est fraus 131. de verb. sign. Donell ad d. leg. si homo de verb. obl.* Alterum quod hic discimus 2 est, quòd pœna committatur etiam ei, cujus nihil interest; intellige, cujus nihil interest alteri dari aut fieri: utique enim pœnam consequi interest stipulatoris, quam sibi, non alteri stipulatus est. At, inquis, etiam ut alteri detur potest nostra interesse, utique ex affectione: sic enim scribit Jurisconsultus in *l. 7. de serv. export. Beneficio affici hominem, hominis interest*. Respondeo; Propriè id quod interest significat, quod nostra interest pecuniariter; sic enim definitur, *Quantum nobis abest, quantumque lucrari potuimus*; *l.13. ratam rem hab.* Non luctamur, non consequimur, nisi quod pecuniam nostram & patrimonium augeat. Unde intelligimus, abusivè dici interesse nostra, cum ex sola affectione interest: cui affectioni tantùm jure tributum non est, ut propter eam extraneo obligationem acquiramus. Postremum est, quòd quantacumque pœna fuerit, tanta debeatur & peti possit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur, In pœnali stipulatione non incipi quod intersit, sed quæ sit quantitas & conditio stipulationis, hoc est, id solùm, quanta pecunia in 3 stipulatum deducta sit, & utrùm conditio pœnæ extiterit necne, quorsum, nisi ut si extiterit conditio, ea pecunia quantacumque sit, præstetur? Igitur etsi duplo, triplo, aut etiam quadruplo plus comprehensum sit stipulatione pœnali, quàm efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit, valebit nihilominùs stipulatio. Non enim uti pœnis legitimis certus modus constitutus est, ut ne excedant quadruplum, §. *omnes 21. inf. de actionibus*, ita & conventionalibus: sed has unusquisque voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo

do

do stipulantis quid, futurum esse paciscitur, *fac. §. ultim. sup. de verb. obl. leg. ultim. de stipul. praet.* Non obstat quod constitutum est: Ne promissor ultra duplum periculum subeat; *l. unic. C. de sent. quae pro eo quod int. praef.* Quantumcumque enim est, quod in stipulatione poenali promittitur; simplum tantùm est, non duplum, triplum &c. alterius rei, cùm ad id quod interest, aut alterum simplum non referatur. *Donell. lib. de eo quod*
4 *int. circa fin.* & in *d. leg. stipulatio §. alteri n. ult.* Caeterùm hanc sententiam Citramontani existimant tunc solùm procedere, eùm poenali stipulatione certa quantitas expressa est: secus autem est, si, ut loquuntur, poena fuerit promissa per nomina multiplicativa; veluti: *Tabulam mihi pingere spondes? Si non pinxeris, triplum,* aut *quintuplum dare spondes?* Hic volunt, poenam reduci ad id, quod interest: quia manifestè ad priorem stipulationem fit relatio: neque aliud triplum aut quadruplum &c. considerari potest, quàm simpli ejus quod in priorem stipulationem deductum fuit: itaque non posse ultra duplum exigi; per *d. l. un. C. de sent. quae pro eo quod int.* aut certè non posse ultra quadruplum poenam extendi; per *l. si dictum 56. de evict.*

Tunc committitur stipulatio] Id est, tunc committi potest; videlicet si non dederis. Nam committi tum demum stipulatio conditionalis dicitur, eùm conditio extiterit, & pecunia deberi coepta est; *§. sub conditione sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

Si intersit ejus, qui alii stipulatur.

19 *Sed & si quis stipuletur alii, cùm ejus interesset; placuit, stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare coeperat, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri quod stipulatus est, quum obligatus futurus sit pupillo, si malè res gesserit; tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit; habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod sua interest, ne forte vel poena committatur, vel praedia distrahantur, quae pignori data erant; valet stipulatio.*

NOTAE.

19 *Cùm ejus interesset*] d. l. 38. §. 20. Ratio perspicua: quia tum non tam alteri, quàm sibimet ipsi stipulari videtur; *l. 118. §. ult. eod.* Ideòque & sibi actionem acquirit, non ei, cujus in persona stipulatio collocata.

Si malè res gesserit.] Alii, *Cesserit*; ut & apud Ulp. *d. l. 38. §. 20.* unde haec transcripta.

Obligatus futurus est pupillo] Nam qui tutelae administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelae; *l. 3. §. 1. de adm. tut.*

Procuratori suo] Quia procuratori dari potest interesse stipulantis: puta quod procurator pecuniam pro eo exposuit.

COMMENTARIUS.

Cum ejus interesset.] Cum dicimus: Eum qui alii dari stipulatur, nihil agere; duo dicimus nimirum, ex hujusmodi stipulatione neque ei in quem collata est, obligationem ullam acquiri; neque acquiri stipulanti. Prioris partis exceptiones nonnullas protulimus & casus quosdam, quibus ex stipulatione aliena actio acquiritur ei, in cujus personam stipulatio collata est, *in explicatione §. 4. hoc tit.* Hic posterioris partis exceptio proponitur: & tres casus, sive exempla proferuntur, quibus is, qui alteri dari stipulatus est, sibi actionem acquirit. Exceptio hic una & generalis est: Nisi stipulantis intersit alteri dari; *leg. stipulatio 38. §. 6. l. stipulor. 20. de verb. obl.* cujus exceptionis ratio perspicua & facilis est. Quoniam cum nostra pecunialiter intersit alteri dari; tum non tam alteri, quàm nobismetipsis stipulari videmur; *leg. liber homo 118. §. ult. eodem.*

Qui pupilli tutelam administrare] Exemplum primum. Qui tutelae administrationem contutori cessit, rectè ab eo stipulatur, rem pupilli salvam fore; *dict. leg. stipulatio §. si stipuler.* ubi Marcellus ait: Valere hanc stipulationem, obligationemque parere stipulatori: quia stipulatoris interest fieri, quod stipulatus est: quippè qui periculum & exitum illius administrationis praestet. Etenim qui tutelae administrationem contutori cedit; non liberatur periculo tutelae; sed pupillo, si malè res geratur, obligatus manet; *leg. 3. §. 2. de admin. tut.*

Si quis procuratori suo] Exemplum secundum. Si quis procuratori suo dari stipulatus est; valet stipulatio ob eamdem scilicet caussam: quia procuratori dari potest interesse stipulatoris; puta quòd procurator pecuniam pro eo exposuerat, quam actione mandati restituere tenebatur.

Si creditori suo] Exemplum tertium. Si quis creditori suo dari stipuletur, rectè stipulatur: cùm ejus intersit, puta ne vel poena, sub qua pecuniam certa die debebat, committatur; vel bona distrahantur, quae pignori dederat, & propter moram distrahi poterant: *d. leg. stipulatio, §. unde 23. dict. leg. liber homo §. ultim. eodem.* Sunt & aliae personae, per quas ratione officii placet etiam alteri actionem utilem acquiri; *vid. sup. §. 4. num. 2. eodem.*

TEX-

Textus.

De pœna adjecta promissioni facti alieni.

20. *Vice versa qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.*

Notæ.

20 *Qui alium facturum*] Facti alieni stipulatio inutilis §. 3. *sup.* Cæterùm hic etiam remedium stipulanti paratum in pœna; *leg.* 38. §. 2.

Commentarius.

FActi alieni stipulationem inutilem esse, & cur inutilis sit; audivimus *sup.* §. 3. *eod.* Cæterùm etiam hic remedium stipulanti in pœna paratum est: qua adjecta, si alius non dederit feceritque; committitur stipulatio, ex qua promissor suo nomine rectè convenitur. Licèt etiam hic quanta ea res est stipulari; *leg. stipulatio* 38. §. 1. & 2. *de verb. obl.* Sunt qui promissorem factum alienum sub pœna promittentem excusandum à pœna censent, si omnia humana expertus, ut is de quo promisit faceret, nihil promoveat. Sed assentior iis, qui contra sentiunt; *arg. leg. sancimus* 26. *C. de fidejuss. d. l. stipulatio* §. 2. & *hujus text.* Quin ob hoc ipsum auxilio pœnæ uti leges suadent; quòd alieni facti obligationem inanem reddit præstandi difficultas ut adeò nec omnino culpa careat qui promittit; quod prævidere potuit, fortè præstitum non iri; *arg. leg.* 7. §. 1. *qui satisd. cog.* atque ob hanc ipsam difficultatem promisisse videtur id, quod in potestate sua habet, hoc est, pœnam; *v. Fach.* 3. *cont.* 20. *Tuld. in comm. hic cap.* 5.

Textus.

De re stipulantis futura.

21. *Item nemo rem suam futuram in eum casum quo sua sit utiliter stipulatur.*

Commentarius.

QUemadmodum stipulatio ab initio non consistit, si quis rem suam sibi dari stipuletur. & stipulatio rei alienæ evanescit, si ea res antequàm traderetur ex alia causa jam facta sit stipulatoris; §. 2. *sup. eod.* ita quoque & eadem ratione inutilis est stipulatio rei alienæ concepta in eum casum, quo nostra futura est. Quia eo tempore agere, ut nobis detur, non possumus; §. *sit itaque* 14. *inf. de act.* & translatitium est actum in id tempus inutiliter conferri, quo purè inutiliter fieret; *l.* 4. *C. de don. ante nup.*

Textus.

De dissensu.

22. *Si de alia re stipulator senserit: de alia promissor; perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum à te quis stipulatus fuerit; tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.*

Notæ.

22. *De alia re*] *leg.* 83. §. 1. *leg.* 137. §. 1. *eod.* Idemque est, si promissor erraverit in persona stipulantis; arg. *l.* 2. *de jurisd. l.* 1. *de iud.* Sufficit autem in corpore consensum esse, licèt in materia erratum veluti si æs sit, quod aurum putabatur; *leg.* 22. *de verb. obl.* Qoamquam & hic error emptionem vitiat: quoniam non potest videri emptor consensisse in pretio; *leg.* 9. §. *ult. de contr. empt.*

Tu de Pamphilo] Hic non simplex in nomine error est, ut puta: Schol. Th. sed etiam in re quia nec de corpore constitit. Error verò in solo nomine, cum de persona aut re ipsa constat, de consensu nihil mutat; *leg.* 3. *de verb. obl.* §. 29. *sup. de legat.*

Commentarius.

1 *Quando error consensui obstet, aut non obstet.*
2 *Quando si non in ipso corpore, sed in materia rei erratum.*

SÆpè jam dictum est: Sine consensu utriusque contrahentium nullam obligationem ex contractu constitui; *leg.* 1. §. 3. *de pact. leg. in omnibus* 1
55. *de obl. & act.* Consensum non esse, etiam error arguit. Quid enim consensui tam contrarium est, quàm error, qui imperitiam detegit? *leg. si per errorem* 15. *de jurisd. leg.* 2. *de judic.* At enim non omnis error consensum non habet. Error aut est in nomine proprio personæ reive, de qua agitur; aut in persona ipsa; aut in re promissa; aut denique in causa promittendi. Primi generis, dum de persona & re ipsa constet; de consensu nihil mutat; *leg. si in nomine* 32. *de verb. obl.* §. *siquidem* 29. *sup. de legat. leg.* 4. *C. de* 2
testam. In persona autem qui errat: puta Titio stipulanti promittit, quem putet esse Sempronium; omnino non obligatur; per *d. leg.* 15. *de jurisd.* & *d. leg.* 2. *de judic. fac. leg.* 9. *pr. de hæred. inst.* Non enim simplex hinc in nomine error est, sed etiam in re; quia nec de corpore constat. Tantumdem est, si erratum sit in re promissa; cùm de alia stipulator, de alia promissor senserit, perindeque hic nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non sit; *hoc text. l. inter.* 83. §. 1. *l. continuus* 137. §. 1. *de verb. obl.* Quid tamen si non in ipso corpore error sit, sed in substantia

rei,

rei, aut materia; verbi causa; si quod aurum putabatur, sit æs; aut quod vinum, ab initio acetum fuerit? Placet, hic valere stipulationem; *leg. si id 22. eod.* quamvis emptio non valeat, *leg. 9. in fin. cum leg. sup. leg. 14. in fin. de cont. empt.* Nimirùm stipulatoris, qui nihil vicissim præstat, consensum in corpore error in materia non impedit: emptor autem non potest videri consensisse in pretio: cùm utique longè minoris æs, quàm aurum, acetum quàm vinum empturus fuisset. Planè si non in totum in materia erratum sit; etiam emptionem valere placet; ut in specie *d. leg. 14. de contr. empt.* Quòd si quis in causa promittendi erravit, cum suo ipsius errore inductus putat se debere, quod non debet, & stipulanti promittit, hic summo quidem jure obligatus erit: sed si conveniatur exceptione doli mali se defendere potest, *leg. si quis 36. de verb. obl.*

TEXTUS.

De turpi causa.

23. *Quod turpi ex causa promissum est: veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat; non valet.*

COMMENTARIUS.

Stipulationes ex turpi causa interpositæ nullius momenti sunt: veluti si quid homicidii vel sacrilegii faciendi aut facti causa promittatur; *leg. generaliter, 26. & si seq. leg. si flagitii 123. de verb. obl.* Nec ea tantùm, quæ apertè flagitiosa sunt, in stipulatione deduci non possunt: verùm etiam quæ bonis moribus adversantur, veluti si de futura successione contrahitur; *leg. stip. 61. eod. leg. ultim. Cod. de pact. leg. 4. Cod. de inut. stip.* Quinimò & si quis pecuniam promiserit, ne furtum aut cædem faceret: aut sub conditione, Si non fecerit; adhuc dicendum: stipulationem nullius esse momenti, cùm hoc ipsum flagitiosum sit, pecuniam pacisci, quo flagitio abstineas; *leg. intelligentium 7. §. 3. de pact.*

TEXTUS.

De morte contrahentium.

24. *Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licèt ante conditionem decesserit; posteà existente conditione hæres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte.*

NOTÆ.

24. *Idem est & ex parte promissoris*] Ut si, pendente conditione, promissori quid humanitus contingerit; hæres promissoris existente posteà conditione conveniri possit; *leg. 57. de verb. obl.* sicut ex converso; stipulatore ante conditionem mortuo, hæres ejus agere; *§. 4. sup. d. t.*

COMMENTARIUS.

Hic locus à me expositus est ad *§. sub conditione 3. sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

Quando agi potest ex stipulatione.

25. *Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est; nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non rectè petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem; non poteris continuò agere, nisi tantum spatium prætierit, quo tradito fieri possit.*

NOTÆ.

25. *Qui hoc anno*] Ex Pomp. *leg. 42. eod. v. sup. §. 2. eod.*

Non potest continuò agere] Hoc non ad jus petendi; *d. §. 2.* sed ad ejus quod petitur præstationem & executionem obligationis referendum est: quia incivile statim cum sacco venire creditorem, *l. 105. de solut.*

COMMENTARIUS.

Duo hic docemur. Primum est: Quòd obligatione in diem constituta, antè agi non possit, quàm totus ille dies prærierit. Alterum: Quòd etiam ei, qui purè quid stipulanti promisit, dandum sit aliquod spatium, intra quod rem tradere & solutionem expedire possit. De utroque dixi ad *§. 2. sup. de verb. obl. leg. 42.*

TITU-

TITULUS XXI.
DE FIDEJUSSORIBUS.
Continuatio, & argumentum tituli.

OBligatur quiſque aut proprio nomine ſive principaliter, aut nomine alieno ſive acceſſoriè: dum ſcilicet pro alieno debito ſe ita obſtringit, ut ei accedat manente principali obligato. Eorum, qui ſic obligantur, tres ſunt ſpecies; mandatores; pecuniæ conſtitutæ rei; fidejuſsores. Mandator eſt, cujus mandato quis pecuniam credit certæ perſonæ; §. *sua tantum 6. inf. de mand.* Pecuniæ conſtitutæ reus, qui pecuniam debitam ſe ſoluturum conſtituit nudo pacto, §. *de constituta 9. infr. de actioni* Fidejuſſor, qui quod alius debet fide ſua eſſe jubet, interpoſita ſtipulatione. Conjunguntur hi tres in *leg. ult. C. de conſt. pecun. & Nov.* 43. atque in pleriſque eodem jure habentur. Hoc loco agitur de fidejuſsoribus: qui titulus tractationi de verborum obligationibus ideò ſubjicitur, quia fidejuſſores citra verba & ſtipulationem non conſtituuntur; *l.1.§.2.de verb. obl. l.Blanditius* 12.*C.hoc tit.* Indicatur hic primùm obligationis fidejuſſoriæ finis: deinde objectum; doceturque: quibus obligationibus fidejuſſor adhiberi poſſit; & porro permiſtè: quatenus obligetur: quaque forma conſtituatur.

TEXTUS.
Cur accipiuntur.

Pro eo, qui promittit, ſolent alii obligari, qui fidejuſſores appellantur: quos homines accipere ſolent, dum curant, ut diligentiùs ſibi cautum ſit.

NOTÆ.

Solent alii obligari.] Acceſsoriè videl. ſeu reo principali manente obligato: qualis eſt in cujus mandato pecunia creditur certæ perſonæ; §. *6. inf. de man.* Item qui pecuniam debitam ſe ſoluturum conſtituit nudo pacto, §. *9. inf. de act.* Et maximè qui quod alius debet fide ſua eſſe jubet interpoſita ſtipulatione; de quibus ſolis hic agitur: conjunguntur *leg. ult. Cod. de conſt. pec.*

Fidejuſſores appellantur.] Item Sponſores & Adpromiſſores. Alii ſunt qui dicuntur Expromiſſores: nam ex promiſſione fit novatio, id eſt, aliena ſuſcipitur obligatio, liberato reo, *leg. ult. de S.C. Mac. l. 4. de cond. ca. dat. l. 57. in fin. de obl. lib.*

COMMENTARIUS.

1 *Fidejuſsoris obligationem eſſe acceſſionem principalis.*
2 *Fidejuſſor idem qui & Adpromiſſor; Expromiſſor alius.*
3 *Sponſores, Prædes, Vades.*

PRo eo, qui promittit, ſolent alii obligari] Intellige, eo qui promittit eodemque reo principali manente obligato: alioqui & expromiſſor pro alio obligari rectè dicitur, qui novandi animo alienam obligationem in ſe transfert: qui tamen fidejuſſor non eſt; ut mox probabitur. Et igitur cùm fidejuſſor ita pro alio obligetur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat; ex eo intelligimus: obligationem fidejuſſoris eſse acceſſionem quamdam alterius obligationis. Unde eſt, quòd noſtri ſic paſſim loquuntur, ut dicant: Fidejuſſorem accedere. Quòd autem Juſtinianus ait: *Pro eo, qui promittit*; exempli cauſa dictum eſt: nam conſtat, fidejuſsores omni obligationi accedere poſse.

Qui fidejuſſores appellantur.] A juſſione & fide; ut apparet ex formulis, quas paſſim legimus. Dicuntur & Adpromiſsores, *l.4. §.2. de verb. obl. leg. in omnibus 43. de ſolut. l. ſi verò 64. §.4. ſolut. matr.* quia ſcilicet ad id, quod alius debet, accedentes idem promittunt. Expromiſsores autem qui dicuntur, fidejuſſores non ſunt; quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt; ſed ex promiſſione fit novatio. Nam expromittere & expromiſsor in uſu juris dicitur, qui alienam obligationem in ſe ſuſcipit, liberato reo, aut eo nomine non obligato, cùm tamen obligari deberet; *l. 7. ſervus pactionis 8. de dol. mal. l. qui libertinus 37. in fin. de oper. lib. l. 4. de cond. c. dat. l. 8. §. ſi convenerit 8. ad ſen. Vell. l. ult. de ſenat. Maced.* unde & à fidejuſsore paſſim diſtinguitur; *l. ut res 53. de contr. empt. d. l. 37. in fin. de oper. lib.* & interdum ſimpliciter reus nominatur: quia ſolus obligatur quaſi reus principalis; *d. leg. 7. §. ſervus de dol. mal. d. l. 64. §. 4. ſolut. matr.* Veteres, quos noſtri fidejuſsores poſtea dixerunt, appellabant *ſponſores*. Cicero ad *Attic. lib. 1. Tulliola, noſtræ deliciolæ, tuum munus flagitat, & me ſponſorem appellat.* Et alibi: *De negotio tuo, quod ſponſor es pro Pompejo, ſi Galba conſponſor tuus redierit.* &c. Species ſponſorum ſunt, qui dicebantur *Prædes*, & item, qui *Vades*. Prædes dicti, teſte Aſcon. Prædiano *Verr. 3. Satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis eſt.* Et Feſtus: *Præs*, inquit, *eſt is, qui populo ſe obligat, interrogatuſque à Magi-*

ſtratu

stratu, an præsset, ille respondet, Præs. In quem locũ Josephus Scaliger sic scribit: *Festus ait, prædem dictum esse: quod interrogatus à populo si præsesset; respondebat, Præs, supple, Sum, Præsesse antiquitus significat præsentem esse, πασεῖναι. Vnde superest participium Præsens. Quam notationem confirmat Ausonius, qui in ludicro dramate septem Sapientum de Thalete loquens, sic ait; Spondere qui nos, noxa quia præsest, vetat.* Idem Scaliger apud Varronem *5. de ling.* sic legendum existimet: *Itaque præs qui à Magistratu interrogatus in publicum an præsest: à quo, & cum respondet, dicitur præs.* Vades autem dicti sunt, auctore Varrone *d. loc Qui pro alio vadimonium promittunt*, id est, sponsores judicio aliquem sistendi. Et si fides Ausonio, vades appellati, qui dabantur in rebus criminalibus: prædes, qui in caussis civilibus. Sic enim ille in *monosyllab. Idyll. 12. Qui: subis in pœnam capitali judicio? Vas. Quid si lis fuerit nummaria, quis dabitur? Præs.* Sed tamen quicumque pro altero vadimonium promittebat etiam in re pecuniaria vadem appellatum constat. *Vid. Hering. de fidejuss. cap. 3. n. 43. & vui vui claris. Salmas. lib. de mod. usur. c. 16.*

Vt diligentius sibi cautum sit] Fidejussores & pignora sponsionum fideique sunt vincula & firmamenta; *leg. 9. in fin. de sup. leg. Senec. de benef. 7. 14.*

TEXTUS.

In quibus obligationibus.

1. *In omnibus autem obligationibus adsumi possunt; id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint. Ac nec illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeò quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fideiussorem à servo accipiat; sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.*

NOTÆ.

1. *In omnibus obligationibus*] *l. 1. l. 2. l. 8. §. 1. l. 16. §. 3. h. t.* etiamsi obligatio ex delicto oriatur *d. l. 8. §. 5. l. 56. §. ult. l. 70. §. ult. eod.* utique si agatur civiliter: nam si criminaliter agatur ad coercitionem corporalem; fidejussio inutilis est; *arg. leg. 13. ad leg. Aq. l. 22. C. de pœn.* Textus autem in *l. 1. cum seqq. de cust. reor.* accipiendi de fidejussoribus, qui caveant de reo sistendo; non qui pœnam suscipiant delicti.

An naturalis] *leg. 6. in fin. leg. 16. §. 3. h. t.* ut arctiùs hoc casu astringatur fidejussor, quàm reus, add. Theoph.

Sive ipse dominus] *l. 70 §. 3. eod.* At ex contrario pro eo quod dominus servo debet fidejussor acceptus non tenetur; *l. 57. §. 1. eod.* ubi ratio.

COMMENTARIUS.

1 *Fideiussorem pro omni obligatione ex contractu rectè intervenire, excepta causa dotis.*
2 *Item pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur.*
3 *Quatenus in criminalibus recipiatur fidejussor.*
4 *Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur.*
5 *Quid si obligatio sit merè civilis.*

OBjectum fidejussionis seu materia circa quam (cùm fidejussoris obligatio sit accessio alterius obligationis) necesse est statui aliquam obligationem, cui fidejussoria accedat; alioqui & hæc non tenebit; *l. 6 in fin. l. fidejussor. 16. l. si sub 29 l. si quis 37. & pass. hoc tit. l. 6. de verb. obl.* unde quoque est, quòd is, qui solutionis gratia adjectus est, fidejussorem accipere non potest; scilicet quia reum principalem obligatum non habet; *l. si mihi 23. eod* Cæterùm dum aliqua sit obligatio, non in totum improbata jure civili aut prætorio, cujuscumque ea generis sit; tenet fidejussio; *l. 1. l. 2. l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. §. 1. & seq. l. 16. §. 3. eod.* Clarius hoc apparebit ex enumeratione singularum. Primum earum obligationum, quæ ex contractu aut quasi ex contractu nascuntur, fidejussorem 1
rectè accipi, nemini dubium esse potest; quippe cùm ex his pecunia debeatur, aut res pecunia æstimabilis. Una tantùm species hic excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem soluto Matrimonio uxori restituendam: pro quo obligatione fidejussorem exigi aut accipi Constitutiones vetant, ne causa perfidiæ in conjugio generetur; *leg. 1. & 2. C ne fidei dot. dent. l. 1. Cod. Theod. de fidej. dot.* quamvis recentiorum nonnulli fidejussorem à marito eo nomine ultro datum obligari contendant; *vid. Fachin. 8. contr. 76. Gail. 2. obs. 84. Ant. Fab. C. suo d. tit. defin. 1. Ant. Merend 6. cont. 13. Christin. vol. 3. decis. 141.* Sed etsi ex delicto oriatur actio, nihilominus fidejussor interveniens obligatur; *l. 8 §. sed & l. 5. l. si* 2
quis 56. §. ult. l. à si reo 70. §. ult. hoc tit. utique si ex hac civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam: nam si agatur criminaliter & ad coercitionem corporalem; inutilis est fidejussio: quoniam ejus pœnæ nemo succedaneus est, cujus nulla potest fieri reparatio; & ubi quod quis solvit aut sustinuit, nulla actione repeti, aut in priorem statum reponi potest. Nimirùm æquum omnino est, fidejussori ejus, quod pro reo solvet, recuperandi causa actionem mandati dari, ne cui officium suum sit damnosum; at pœnæ corporalis nulla est restitutio: & quid proderit fidejussori, reum eamdem pœnam postea subire? Postremò nemo contrahendo se ad pœnam corporalem obligare potest: quoniam membrorum tuorum nemo dominus videtur: *l. 13. ad leg. Aquil* neque justitiæ ratio patitur, eum, qui non deliquit, pœnam hujusmodi sustinere, *l. sancimus 22. C. de pœn.* Alia verò quæstio est, utrùm reus criminis non usque adeò atrocis,

eis, qui nondum convictus est, neque satis evidentibus indiciis urgetur, persona aliàs honesta, in carcerem protinus conjiciendus sit, ut ex vinculis causam dicat; an fidejussores hic recipi possint, non qui pœnam delicti suscipiant, sed qui caveant de reo sistendo, ut is molestiam carceris
3 interim effugiat. Placet autem, hoc casu rem fidejussoribus committi posse, qui si reum non stiterint; certa pecunia mulctentur: quanta scilicet vel cautione vel decreto Magistratus comprehensa est, aut ex consuetudine inferri solet: alioqui Magistratus arbitrabitur. Quòd si dolo fidejussorum fiat, ne reus exhibeatur; graviori animadversione extra ordinem coerceri possunt. In quam sententiam sunt textus in *l.1.l.2.leg.3.& 4. de custod. & exhib. reor. l.6.§.3.l.12. Cod. de appell.*

Porrò non tantùm obligationi civili, sed etiam
4 naturali fidejussor adhiberi potest hoc *text. l.6. in fin. l.7. l.16.§.3. hoc tit.* licèt hoc casu arctiùs & fortiùs adstringatur fidejussor, quàm reus principalis. Cæterùm hoc ita, si naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civili habet: nam si ex earum genere sit, quæ juris civilis auxilio penitus destituuntur nec fidejussor in eam accipi potest; veluti si pro eo quod prodigus promisit, fidejussor intervenerit; *l.6. de verb. obl.* Neque obstat, quod Marcellus scribit: Eum, qui pro prodigo fidejussit, obligari, *l.25. hoc tit.* Obligatur enim suo nomine duntaxat, non alieno; non ut fidejussor, qui accedat obligationi principali, quæ hic nulla est; sed ut principalis reus, & ratione suæ solius promissionis; quippè qui idem promittens quod furiosus aut prodigus, in quorum persona sciebat obligationem non consistere; donare voluisse videtur. Itaque Marcellus vulgò fidejubendi in proposito utens respexit tantùm ad nudum fidejubendi actum & promissionem, quæ de facto præcessit, licèt citra ullum juris effectum; *d.l.6. de verb. obl.* Ita fermè & *Accurs. Bart. & DD. vulgò* quamquam alii aliter *Don. ad d.l. 16. in fin. Revard. 2. var. 9. Robert. 2. recept. lect. ult. Cont. 2. lect. 3. Lyclam. 6. memb. 8.* Quid si obligatio sit merè civilis?
5 Existimo, hoc genus obligationis ut improbarum jure prætorio, & sine re atque effectu inutile *l. nihil interest 142. de reg. jur.* huc non pertinere. Etsi enim summo jure ex nuda civili obligatione agi potest: tamen cùm & actio instituta opposita perpetua exceptione elidatur; & tale debitum neque solutum per errorem retineri, neque constitui neque compensari possit; *leg. qui exceptionem 40. de cond. ind. d. leg. 4. §. de pecun. const. leg. 14. de compens.* frustra pro eo fidejussor intervenire videtur, *fac. leg. si quis 37. hoc tit.* aut certe si fidejussio summo jure teneat; is quidem suam interposuit conventus eadem exceptione, quæ reo principali competit, creditorem repellere poterit; per *leg. 7. §. 1. de except. Bart. in leg. 1. num. 3. hoc tit. post Gloss. hic.*

Sive litteris.] Non adversatur quod modò diximus: Pro obligatione merè civili fidejussorem similiter intervenire. Etenim litterarum obligatio pro merè civili habenda non est, sed pro mixta seu civili & naturali simul. Quippè mixta obligatio duorum generum est, una verè talis, altera præsumptivè; qualis est obligatio judicati; item jurisjurandi ab actore judice deferente præstiti atque hujus generis etiam ea est, quæ litterarum dicitur. Nam si quis chirographo suo confessus est, se pecuniam mutuam recepisse; ea confessio post silentium biennii auctoritate juris pro veritate habetur; perindeque is, qui confessus est, ex eo tempore tenetur, ac si revera ei pecunia numerata sit. De quo uberiùs *tit. seq.*

Verùm civilis] Non civilis nuda, sed mixta, quæ actionem efficacem producit; quæ in usu juris civilis & absolutè quoque obligatio vocatur idem autem hoc traditur apud Julianum *l. 16. §. 3. hoc tit.*

Pro servo quoque obligetur] Servi ex contractibus naturaliter tantùm obligantur; *leg. 14. de ob. & act.* Ac ita obligantur, non modò extraneis, sed etiam domino; ut hoc loco docet Justinianus; potestque dominus in id, quod sibi naturaliter debetur, fidejussorem à servo accipere; *l. si à reo 70. § 3. eod.* quamvis ex contrario pro eo quod dominus servo naturaliter debet, fidejussor acceptus non teneatur; *l. si quis 56. §. 1. eod.* speciali scilicet ratione; quam indicavi, *tit. præced. §. Item inutilis 6.*

TEXTUS.

De hærede.

2. *Fidejussor non tantùm ipse obligatur, sed etiam hæredem relinquit obligatum.*

NOTÆ.

2. *Hæredem relinquit obligatum*] *leg. 4. §. 1. eod. leg. 24. Cod. eod.* juxta regulam in *leg. 49. de obl. & act. §. 1. inf. de perp. & temp. act. leg. 82. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

Satis notum est obligationes & actiones, quæ ex contractibus veniunt, in hæredes quoque dari, *§. 1. inf. de perp. & temp. act. l. 11. l. ex contractibus 49. de obl. & act.* Idque etiamsi nulla in contrahendo hæredum facta sit mentio, *l. 13. C. de contr. stip.* Talis autem est obligatio, qua tenetur fidejussor; ac proinde non ipse tantùm obligatur: sed etiam hæredem obligatum relinquit; *l. 4. §. 1. hoc tit. l. fidejussoris 24. Cod. eod.* Quòd si principalis obligatio ex delicto descendat; tenebitur quidem hic etiam heres fidejussoris; sed tam diu, quàm diu vivit & tenetur is, qui deliquit: eo verò mortuo; ut fidejussor ipse ita etiam hæres ejus liberatur: nisi fortè ante rei mortem lis contestata fuerit; *d. §. 1. inf. de perp. & tem act. l. omnes 26. l. sciendum 58. de obl. & act. leg. pœnalia 164. de reg. jur. l. 10. §. 2. & ibi Costal. si quis aut. jud. fisi.* Nam quoties principalis obligatio in hæredes debitoris transit; toties etiam fidejussoria transit in hæ-

redes fidejussoris: at principali sublata, evanescet & fidejussoria.

TEXTUS.

Si fidejussor præcedat, vel sequatur obligationem.

3. *Fidejussor & præcedere obligationem, & sequi potest.*

COMMENTARIUS.

E*T præcedere*] Etiam futuræ obligationis fidejussor accipi potest. *l. 6. §. ult. hoc tit.* ita tamen, ut præcedens fidejussoris obligatio tum demum vires capiat, cùm & principalis obligatio, cujus illa accessio est, constituta est. Interim verò in pendenti esse obligationem fidejussoris, sciendum est; *l. non quemadmodum 35. de judic.* Neque fidejussorem ante conveniri posse, quàm reus debeat; *l. fidejussor 47. hoc tit.*

Et sequi potest.] In quo differt fidejussor à mandatore. Nam qui post creditam pecuniam mandat eam credendam, non obligatur, nisi simul suo periculo debitor inducias petat solutionis; *l. 12. §. si post. 15. mand.* Item à pecunia constituta reo, qui non sequitur; *l. 1. §. de pec. constit.*

TEXTUS.

De pluribus fidejussoribus.

4. *Si plures sint fidejussores; quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, à quo velit solidum petere. Sed ex Epistola Divi Hadriani compellitur creditor à singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Ideòque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit; hoc cæteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutum fuerit; hujus solius detrimentum erit, si is pro quo fidejussit solvendo non sit: & sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistola Divi Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.*

NOTÆ.

4. *In solidum tenentur*] Etiamsi id nominatim non convenerit; *l. 3. C. hoc tit.*

Ex epistola D. Hadriani] *leg. 26. eod.* Beneficium hoc vulgò divisionis appellatur. Et cæteris quoque accessionibus datum est; *l. ult. Cod. de pec. const.*

Litis contestatæ tempore] *leg. 51. §. 1. & pen. hoc tit.*

Hujus solius detrimentum] Poterit quidem quod solvit repetere à debitore actione mandati, sed à creditore partem repetere non potest: nec adversùs confidejussores ullam actionem habet, extra quam si tunc cum solvit actiones sibi cedi à creditore curaverit, aut ea lege solverit, ut postea cederentur; *l. 17. l. 36. l. 39. eod. l. 2. l. 11. l. 14. C. eod.*

Juvari ex epistola.] Quippe qua epistola non ipso jure inter fidejussores dividitur obligatio, sed ope exceptionis; *l. 26. eod.* Novissimè & aliud beneficium fidejussoribus tributum; *Nov. 4. c. 1.* unde *auth. præsente, C. eod.* quod ordinis & excussionis vocant, beneficium cunctis notum. Hæc autem beneficia renunciando amittuntur; *l. pen. C. de pact.*

COMMENTARIUS.

1 *Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum Nov. 99.*
2 *Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat. Et nu. 6.*
3 *Beneficium ordinis quale, & quid quibus tribuat & alia remissivè.*
4 *Beneficium ordinis non pertinere ad fidejussores judiciales, &c.*
5 *Obligationem plurium fidejussorum non dividi ipso jure, sed ope exceptionis: & quid inter hæc intersit.*
7 *Conditiones, sub quibus beneficium divisionis conceditur.*
8 *Quando opponi debeat exceptio divisionis, quando ordinis.*
9 *Quando locus exceptioni cedendarum actionum.*
10 *Renunciatione superiora beneficia amitti.*

PLures fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit; 1
l. 3. C. hoc tit. Neque hoc jus mutatum est *Nov. de reis promittendi 99.* unde *auth. hoc ita, C. de duob. reis.* Rectè enim vulgò recepta hæc sententia est Eam Constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur; dubitari potest, qua mente id fiat: utrùm sicut solidum verbis, ita re quoque promisisse videantur; an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint. Cujus dubitationis causam sustulit Justinianus cavens ne plures promittendi ejusdem pecuniæ aliter in solidum singuli obligentur, quàm si nominatim id actum sit. At plurium fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cùm horum singuli promittant id, quod reus habet, & quantum debet. Debet autem solidum: tenentur ergo plures fidejussores singuli in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt. Cæterùm hoc beneficium epistola 2
Hadriani Imperatoris illis tributum est; ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint; actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur; *l. si plures 26. hoc tit. l. 3. C. eod.* Estque hoc beneficium, quòd vulgò *divisionis* appellatur; competitque non fidejussoribus tantum, sed cæteris quoque accessionibus: puta pluribus, quorum aut mandatur eadem pecunia credita

dita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt; *l. ult. C. de pec. emp.* Vim beneficii mox latiùs explicabimus. Novissimè & aliud beneficium fidejussoribus tributum Constitutione Justiniani *Nov.4.cap.1.* unde *auth. præsente, C. hoc tit.* quod tale est: ut sive unus sive plures sint fidejussores; reus principalis priùs conveniri atque excuti debeat, quàm ad fidejussores perveniatur: nec ante cum his efficaciter agi possit, quàm si suum creditor à debitore consequi nequeat. Id autem accidit duobus casibus: si vel absit reus; vel non sit solvendo. Cæterùm placet nihilominus, priore casu fidejussori postulanti spatium temporis à judice dari, intra quod reum absentem evocet: eo verò spatio elapso, si non venerit reus; lis contra
3 fidejussorem peragitur. Posteriore casu si reus præsens sit, aut evocatus venerit: tum si is solvendo non erit, quatenus solvendo non est fidejussor rectè convenitur. Verùm cùm de eo priùs constare debeat; reus ipse primum conveniendus & condemnandus est; deinde facultates ejus excutiendæ, bonaque, quæ extant, vendenda sunt. Hæc Justinian *d. Nov.4.cap.1.* Quòd si debitor notoriè non sit solvendo: excussio non est necessaria, secundùm *Mynſ. cent. 2. ob. 15. Gail. 2. obſ. 27. nu. 14. Menoch. conſil. 662. n. 20. Vaſq. illud quæſt. p. 1. c. 40. num. 2.* ubi communem dicit. Beneficium autem hoc humanitatis causa, ut superiùs fidejussoribus item reliquis accessionibus datum, contra conditionem obligationis jurisque veteris Constitutionem, quo jure liberum fuisse creditori constat, omisso principali reo fidejussorem convenire; *l.3. l. 5. Cod. hoc tit.* Appellatur hoc beneficium aliàs *ordinis*, aliàs *excussionis*. Ordinis: propter ordinem conveniendi: excussionis, quia bona rei excutiuntur, ut sciatur, an solvendo sit, nec ne. An huic beneficio locus sit in foro mercatorio; vid. *Fachin. 8. cont. 53. Ant. Fab. C. suo, hoc tit. de fin. 3.*
4 Suprema apud nos Curia aliquando censuit, non esse; *dec. 13.* An ei competat, qui fidejubendo simul se debitorem principalem constituit; *Gail. d. lib. 2. obſ. 28. Schneid. ad hunc §. num. 11. Chriſt. vol. 5. deciſ. 214. nu. 46.* Illud constat, fidejussores judicio sisti, & judicatum solvi exceptionem ordinis non habere; quippè hujusmodi stipulationes ex auctoritate Prætoris interponuntur, ut judicium ratum sit; *leg. 1. de ſtip. præt.* contra cujus mentem foret, differri executionem judicati; *arg. l. in conventionalibus 32. de verb. obl. Ant. Fab. C. suo, de fin. 5. hoc tit. Chriſtin. vol. 4. dec. 145. n. 7. & vol. 4. deciſ. 179. n. 15.* Sed ne ille, qui pro naturaliter tantùm obligatio intervenit, hoc beneficio uti poterit; *Gail. d. obſ. 27. n. 20.* Consule porro de beneficio ordinis *DD. in auth. præsente, C. hoc tit. Gomez. 2. reſol. 13. nu. 14. Gail. 2. obſ. 27. & seqq. Hering. de fidejuſſ. c. 27. part. 1. Chriſtin. vol. 5. dec. 2. nu. 14.*

Compellitur creditor à singulis] Etiamsi in fidejussoribus accipiendis convenerit, ut singuli in solidum tenerentur. Quippe hæc conventio conditionem juris &, Constitutionem non mutat, postquàm jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur; *l. 3 in fin. C. hoc tit.* secundùm quod Patisiis judicatum refert Papon. *lib. 10. tit. 4. arreſt. 23.* Cæterùm in hac divisione hoc primùm notandum est: dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed per exceptionem duntaxat: *l. inter 26. eod.* inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si 5
singuli partes tantùm viriles ipso jure deberent; in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis fortè aliqui non essent idonei. Quin etsi quis solidum solvisset; partem condicere tanquam plus debito solutum non prohiberetur: quod utrumque secus se habere, ostendit hic locus & *d. l. inter, l. si testamento 39. §. 1. in fin. eod.* Deinde non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgeri, quàm si confidejussores sint, 6
id est, si ut ejusdem summæ, ita ejusdem quoque debitoris sint fidejussores: inter plures diversorum debitorum licèt ejusdem summæ fidejussores actionem non dividi; *l. si à Titio 43. l. si plures 27. §. ult. eod.* Postremò hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantùm dari, qui ipsi conventione sua plures fidejussores acceperunt: pluribus fidejussoribus tutorum aut curatorum non competere; *l. ult. ubi & ratio rem pup. salv. for.*

Solvendo sunt litis contestatæ tempore] Duæ sunt conditiones, sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus datur. Una est: Si fidejussores non 7
negent, se fidejussores esse. Inficiantibus auxilium divisionis dari non placuit; *l. 10. §. 1. hoc tit.* Altera, cujus hic fit mentio, est: Si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur; *hoc text. leg. inter 51. §. 1. eod.* Quod placet, in hac re spectari tempus litis contestatæ; id eò pertinet, primùm ut sciamus: quis è fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, licèt antea solvendo fuerit; id cæteris, qui solvendo sunt, non prodesse: sed, ut in textu dicitur, cæteros onerare. Deinde si omnes proponantur tempore litis contestatæ solvendo fuisse, & posteà aliqui minùs idonei esse cœperint; quamvis ante sententiam, eam rem ad onus ejus qui solvendo est non pertinere; *d. leg. inter 51. §. pen.* Illud hic quæsitum est: Quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque, ut actio dividatur. Sed expressè rescriptum ab Alexandro est. Id postulari solere ante condemnationem; *leg. 10. §. 1. C. hoc tit.* Quo loco manifestè & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem posse objici post litem contestatam; & qui ajunt; opponi posse etiam post sententiam *vid. Salic. in d. l. 10. §. 1. n. 5 Sichard. n. 10. & seqq. Don. n. 2. & seq.* Ordinis verò & excussionis exceptio, cùm sit dilatoria, ante litem contesta am opponenda est; *vid. Ant. Fabr. C. suo hoc tit. defin. 38. Fachin. 8. contr. 52. Christin. vol. 5. dec. 214. &* 8
ibi citat. Dissentit tamen *Gail. 2. obſ. 27. num. 3.* contendens; opponi eam posse usque ad conclusionem in causa, quamquam fateatur, omissam ex officio à judice suppleri non osse; *add. D. Io. à Sande lib. 1. rer. jud. tit. 7. defin. 2.*

Si ab uno fidejussore creditor totum &c.] Si unus ex pluribus fidejussoribus omissa exceptione beneficii divisionis solidum solverit; is quidem à debitore quod solvit actione mandati repetere potest §. *si quis 6. inf. eod.* Cæterùm si debitor solvendo non sit sibi imputet, quòd beneficio usus non sit: neque enim vel à creditore partem repetere potest; quia solidum ipso jure debuit, & humanitatem beneficii contempsit: neque ullam actionem habet adversùs confidejussores: denique nec pignora persequi potest, quæ creditori obligata erant; *l. ut fidejussor. 39. hoc tit. l. 11. C. eod.* Planè potest fidejussor conventus desiderare ut à creditore sibi cedantur actiones adversùs confidejussores possessores pignorum; sed tunc; cum solvit: aut si ea lege solverit, ut sibi posteà
9 cedantur. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit: agere ut cedantur non potest; *l. fidejussoribus 17. l. cum is 36. l. ut fideiuss. 39. hoc tit. l. 2. l. 11. mandati l. 14. C. eod. l. Modestin. 76. de solut.* Quamquam sunt, qui & post solutionem cessionem rectè fieri volunt: & ita ferè nunc obtinere. *Sande de act. cess. c. 27. n. 11. & seq. Groenevv. d. l. abrog. ad d. l. 11. C. hoc tit.* Dissimilis est causa mandatoris, quem etiam postquàm solvit, placet, agere posse adversùs creditorem, ut sibi actiones suas cedat adversùs debitorem & cæteros ejusdem obligationis reos; *l. Papin. 28. mand.* quippè mandator mandati actionem habet adversùs creditorem; fidejussor non habet. Quòd autem tutori, qui solvit, adversùs contutores pro eorum parte utilis actio datur; id singulariter in tutoribus constitutum est favore pupillorum; *leg. 1. §. & si forte 13. de tut. & rat. distr.* ac proindè non est producendum ad consequentiam. Enim verò exceptio cedendarum actionum etiam postquàm unus ex fidejussoribus in solidum condemnatus est, ab eo opponi potest *l. si fidejussores 41. §. 1. hoc tit.* quod ideò receptum quia hæc exceptio non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris; *Sichard. ad l. 10. C. hoc tit. n. ult.* De exceptione hujus beneficii vide citatos apud *Christin. vol. 4. dec. 179. n. 10. & seq. vol. 5.*
10 *decis. 214. n. 51. & seq.* Illud postremò sciendum est: hæc fidejussorem beneficia ut alia omnia jure ita tributa, esse nisi his fidejussores expresse renunciaverint; renunciando ut fere hodie fit, amitti: licèt enim unicuique juri pro se introducto renunciare *l. pen. C. de pact.* Hinc cautio consultorum creditorum usitata Notariis in instrumentis fidejussionis: Ut qui fidejussores accipiuntur, renuncient beneficiis ordinis, excussionis, & divisionis, quo liberum sit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

TEXTUS.

In quam summam obligatur fidejussor.

5. *Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quàm debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quàm in principali. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit; fidejussor in quinque rectè obligatur: contra verò obligari non potest. Item si ille purè promiserit; fidejussor sub conditione promittere potest: contra verò non potest. Non solùm autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim est, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.*

NOTÆ.

5. *Non possunt, ut plus debeant*] Vel re, vel tempore, vel loco aut causa; *leg. 8. §. 7. hoc tit.* placetque in duriorem causam adhibitos omnino non obligari; *dict. leg. 8. §. 7. leg. 70. eod.* quasi acceptos contra formam juris; *leg. 49. in fin. eod.*

Nec plus in accessione] Hoc axioma verum est universaliter in obligatione accessoria: aliàs nihil impedit, quò minùs plus pretii sit in accessione quàm in principali re; *l. 19. §. 13. & seq. de aur. arg. l. l. 34. de cont. emp. §. 26. sup. de rer. div.*

Ut minus debeant, obligari possunt] Vel in minorem summam, quàm quæ debetur à reo principali: vel aliàs in causam leviorem; *d. l. 8. §. 7. & seq. l. 34. h. t. cum simil.*

COMMENTARIUS.

1 *Fidejussorem arctiùs, quàm reum principalem obligari posse: durius non posse.*
2 *Acceptum in majorem quantitatem, quàm quæ debetur, ne in debitam quidem obligari,*
3 *Transpositione Haloandri in l. 8. §. illud, hoc tit. everti sententiam Ulpiani, falsamque effici ejus definitionem.*
4 *Explicatur l. rogatus 33. mand.*
5 *Constituti & fidejussionis quàm dissimilis sit ratio.*
6 *Removetur obstaculum ex l. 1. §. stipulanti, de verb. obl.*
7 *Media Bachovii sententia non improbabilis, & quid hodie ad quæstionem propositam respondendum.*

CUm fidejussores accipiantur firmandæ principalis obligationis causa, nihil prohibet, quominùs efficaciùs obligentur, fortiorique vinculo constringantur, quàm reus principalis; veluti per instrumentum garantigiatum seu paratæ executionis: per hypothecam; per jusjurandum, per pœnæ adjectionem, cum reus obligatus est simpliciter; *Io. Fab. hic. Gomez 2. resol. 13. nu. 2.* adeòque pro eo, qui naturaliter tantùm obligatus est, fidejussorem rectè intervenire placet: quamvis hoc casu cum solo fidejussore judicio agi possit, cum reo non possit; §. 1. *sup. eod.* In causam

verò

verò duriorem accipi non potest, id est, ita acci-
pi, ut fidejussor vel re, vel tempore, aut causa plus
debeat, quàm reus principalis; *hoc te t.l.8.§.illud
7. eod.* quod DD. non ineleganter sic breviter ex-
2 primunt: *Fidejussor intensivè obligari potest, exten-
sivè non potest.* Cæterùm de illo non satis inter
Interpretes convenit: utrùm fidejussor in majorē
summam acceptus, quàm debet reus principalis
prorsus non obligetur; an saltem obligetur in
summam concurrentem. Glossa & Bart. in *d. l.8.
§. illud*, omnesque ferè Interpretes veteres sen-
tiunt: fidejussorem ita acceptum planè non obli-
gari; quorum sententiam sequuntur & defendunt
*Conan. 6. comm. 6. Hotom. Bachov. in hunc §. Fach. 8.
controv. 51. Gœdd. c. 4. de contr. stip. concl. 4. num.
65. & seqq. Timæ Fab. disp. 23.* At major pars
neotericorum & ex Veteribus Petrus & Cynus
contra disserunt, atque in proposito fidejussorem
obligari volunt saltem usque ad debitam quan-
titatem; *Cantiunc. Baro, Mynf. Veesemb. Gifan. hic
Gomez 2. resol. t 3. nu. 2. Duar. ad tit. de fidejuss. c. 3.
Vasq. 1. illust. q. 40. Eronch. 4. cent. 53. Hering. de fide-
juss. c. 24. n. 52. & seq.* quibus etiam accedit *Diod.
Tulden. comm. hic c. 2.* Prior sententia de jure mihi
verior videtur. Sic enim in universum de his qui
pro aliis fidejubendo interveniunt, definit Ulpia-
nus *d. l. 8. §. illud hoc tit.* eos, si in duriorem causam
adhibiti fuerint, *omnino non obligari*; ut habent
Codices vulgati omnes & ipsum exemplar Flo-
rentinum: Latinis autem *Omnino non* idem valet
quod *neutiquam, planè, prorsus, penitus non* nisi
3 cavillamur. Neque alio sensu à nostris usurpatur
ipsove Ulpiano; *l. si non sortem 26. §. indebitum
3. de cond. ind. leg. 3. §. 2. in fin. de adm. tut. l. 4. §.
sed enim 3. rem pup. salv. for.* Quòd si cum Haloan-
dro pro *omnino non* restituas, *non omnino*: aut *om-
nino non*, dictum putes, pro *non omnino*, quasi di-
xisset Jurisconsultus; fidejussorem in duriorem
causam acceptum teneri in eo tantùm & qua-
tenus reus ipse obligatus est; evertitur sententia
illius loci, quæ generalis est, falsaque efficitur Ju-
risconsulti definitio in fidejussoribus omnibus in
duriorem causam acceptis extra casum propositū.
Nam certum utique est, fidejussores planè non
obligari, qui in duriorem causam accipiuntur,
extra quam si in majorem summam accepti fue-
rint; puta si purè spoponderint, quod reus sub
conditione aut in diem debebat: vel si purè reus
interrogatus fidejussor cum adjectione loci acce-
ptus sit, sive quid aliud adjectum quo conditio fi-
dejussoris deterior fiat. Neque enim alia ratio est,
cur Jurisconsulti passim tam sollicitè quærant, an
& quando fidejussor in duriorem causam adhibi-
tus videatur, quàm quòd eo casu, quo ita acce-
ptus est, prorsus non obligetur: uti & simpliciter
ubique respondent, eum non obligari; *d. l. 8. §. il-
lud, cum seq. l. 16. §. 1. l. hi qui 34. l. si testamento 49.
§. 2. l. si à reo 70. §. 1. & 2. hoc tit.* Accedit, quòd
Justinianus hoc loco omnes istas species cum ea,
de qua quæritur, comparat, & eodem jure censere
videtur; maximè verò quod responsum est: Fide-
jussorem in duriorem causam acceptum contra
juris formam acceptum intelligi; *d. l. si testamento
in fin.* ut proinde nulla in parte fidejussori, quacū-
que ratione deterior illa sit obligatione principa-
li, valere possit. Nihil admodum pro contraria
sententia facit *l. rogatus 33. mand.* Nam ut rectè
Gloss. & Bart. in d. l. 8. §. illud, respondet, non
quæritur illo loco, an & quatenus creditori obli-
getur fidejussor acceptus in majorem summam,
quàm reus principalis debebat: sed an & quate- 4
nus actionem mandati habeat, qui in majorem
summam, quàm rogatus erat, fidejussit; propterea
quòd videri potest fines mandati excessisse; de
quo in *§. is qui. inst. de mandat.* Neque ullum in *d. l.
rogatus*, verbum proponitur, ex quo colligere
possis, in ampliorem summam, quàm quæ debeba-
tur, mandatarium intervenisse. Sed & responderi
potest, dissimilem esse causam fidejussoris, qui
præcedit obligationem, de quo in *d. l. rogatus*,
agitur, & ejus, qui post constitutam obligationem
intervenit. Nam antecedens fidejussio in suspenso
est: eamque interpretatur & pro arbitrio limitat
subsequens obligatio sic, ut ad illam quidem nihil
possit addere; detrahere autem de ea aliquid aut
deminuere valeat. Est enim præcedens fidejussio
mandato non absimilis, inque hoc evenit: ut si,
verbi causa, mandaverim tibi, ut ducenta crederes 5
Titio, & tu centum tantùm credideris; saltem in
id quod numeratum est actionem mandati ad-
versùs me habeas, eò quòd nihil à te factum est
contra legem mandati, cùm feceris conditionem
meam meliorem; *leg. si ultra 22. C. mand. & ibi
Salic. de fidejuss.* Non obstat, *lex. hactenus 11. §. 1.
de pec. const.* Nam in constituto nuda tantùm æqui-
tas spectatur: multaque in eo admissa sunt, quæ fi-
dejussoris obligatio respuit: veluti quod necesse
non est, eum cui constituitur creditorem esse,
d. l. 5 §. 2. d. tit. quod aliud, quàm quod debetur,
constitui potest, & quod debetur, constitui in ci-
teriorem diem, *l. 1. §. an potest 5. l. 4. eod.* quorum
nihil admittit fidejussio; *d. l. 8 §. illud & seq. l. 16. pr.* 6
l. si ita 42. hoc tit. Unde apparet, à constituto ad
fidejussionem firmum argumentum duci non pos-
se. Illud majoris momēti est, quod in majori sum-
ma vi ipsa & potestate inesse & minor intelligitur
l. 1. §. si stipulanti 4. l. inter 83. §. 3. de verb. obl. &
quod ob hanc causam placet: si quis de decem
interrogatus viginti respondeat, obligationem
saltem in decem contractam esse, quia scilicet ha-
ctenus congrueret interrogationi responsum sit,
d. l. 1. §. 4. Jam verò si majore summa promissa,
pro ea quantitate, quæ in interrogationem dedu-
cta est, utilis est stipulatio principalis, quasi hacte-
nus aptè responsum sit; nulla ratio dari posse vi-
detur, cur ob eamdem causam in totum vitiari de-
beat accessoria fidejussoris. *Resp.* Non ideò dici-
mus, in totum vitiari obligationem fidejussoris
majorem summam stipulanti creditori promit-
tentis, quàm reus debet, quia in totum ad interro-
gationem creditoris non aptè respondet: sed quia
duriùs eum creditor obligari voluit contra natu-
ram obligationis fidejussoriæ, quæ pro forma
quodammodò requirit, ut ne duriùs obligetur fi-

dejussor, quàm principalis reus; *leg. si testamento 49. in fin. hoc tit.* D. Bachovio existimat interesse, utrùm creditor majorem summam à fidejussore stipulatus sit, quàm reus debebat; an eadem & fidejussor majorem promiserit: veluti si cùm decem reus revera deberet, creditor quoque non amplius, quàm decem stipulatus sit à fidejussore, & is viginti fide sua esse jusserit: illo casu in totum vitiari fidejussionem, quoniam aliter & duriùs fidejussorem adstringere creditor voluit, hoc casu consistere pro quantitate debita. Quæ sententia rationem habet: quoniam cum creditor nihil ampliùs à fidejussore stipulatur, quàm quantum reus debet; non potest propriè dici, fidejussorem adhibitum esse in duriorem causam. Planè nunc in consulendo & judicando sequerer sententiam posteriorem; non ob id solùm, quod eam æquitas commendat; sed quia pactorum & stipulationum jura confusa sunt; hodieque tam nudo pacto, quàm stipulatione fidejussor constitui potest, ut nulla planè nunc sit stipulationis & constituti differentia; *Gomez 2. var. resol. cap. 13. n. 2. Autumn. confer. du droict. hic.*

Accessio est principalis obligationis] Hinc fit, ut & ab initio nulla sit fidejussio, si nulla subsit obligatio principalis, & ut sublata obligatione principali, tollatur & accessoria fidejussoris; ex communi scilicet natura omnium accessionum; *l. in omnibus l. 43. de solut. l. novatione 18. de novat. leg. cum principalis 178. de reg. jur.* Deinde etiam hoc, quod hic docemur; ut etiamsi subsit aliqua obligatio principalis; fidejussor tamen accipi non possit in plus, quàm principali obligatione continetur: siquidem quod amplius foret in obligatione fidejussoris, id esset accessio sine principali.

Nec plus in accessione.] Si hoc axioma restringamus ad subjectam materiam, id est, ad obligationem accessoriam, qui pro aliis obligantur. At extra hanc causam nihil impedit, quominùs plus pretii sit in accessione, quàm in principali re; *§. si tamen 26. sup. de rer. div. l. cum aurum 19. §. proventamus 13. & seqq. de aur. arg. leg. §. in emptione 34. de contr. empt.*

Ut minus debeant, obligari possunt.] Fidejussor in leviorem causam obligari potest: veluti in minorem summam, quàm ea sit, quæ debetur; aut pro reo purè accepto, ex die vel sub conditione; *d. leg. 8. §. illud hoc tit.* aut si qua alia ratione levior fiat conditio fidejussoris. Exempla in *d. leg. 8. §. ante pen. & pen. leg. hi qui 34. eod.*

Non solum in quantitate,] Plus non modò ex quantitate æstimatur, sed etiam ex tempore: item ex loco adjecto & causa: quod pluribus atque ex professo explicatur; *§. si quis agens, 33. inf. de actionib.*

TEXTUS.

De actione fidejussoris adversùs reum.

6. Si quid autem fidejussor pro eo solverit; ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.

NOTÆ.

6. Mandati judicium] *leg. 10. §. 11. mand.* nempe si mandatum vel expressè vel tacitè intervenerit: aliàs negotiorum gestorum, veluti si pro absente fidejussor; *leg. 6. §. 2. leg. 18. l. 20. §. 2. d. t. l. C. D. eod.*

COMMENTARIUS.

Fidejussor ejus nomine, quod pro reo solvit, mandati actionem cum eo habet; *leg. 10. §. fidejussores 11. mandat.* Sed enim hoc ita: si præcesserit mandatum, id est, si rogatus à reo sit, ut fidejuberet, *leg. ex mandato 20. §. 1. d. tit.* aut cùm reus præsens esset, passus sit pro se fidejuberi, vel mandari ab alio, ut sibi credatur. Nam & is, qui præsens hoc fieri patitur, mandare intelligitur; *leg. 6. §. 2. leg. qui patitur 18. mandat. l. 6. C. eod.* Quòd si verò pro reo absente quis fidejusserit: ei non potest competere actio mandati: sed si ut negotium gerens intercesserit; negotiorum gestorum dabitur; *d. leg. 6. §. 2. d. l. ex mandat. §. 1. eod.* Itaque fidejussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actionem habet; *l. 4. hoc tit.* Quid si pro invito aut vetante donandive animo intervenerit? Placet, hoc casu ne utilem quidem actionem ei dari; *d. l. 6. §. 2. l. si pro te 40. mandat.*

TEXTUS.

Si fidejussor Græcè accipiatur.

7. Græcè etiam fidejussor ita accipitur. τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω ἐγώ. Sed & si dixerit, Θέλω, sive βούλομαι, sed & φημὶ, pro eo erit, ac si dixerit, Λέγω.

COMMENTARIUS.

Etiam Græcè fidejussor accipi potest, postquàm placuit, non minùs Græca aliave qualibet lingua, quàm Latina stipulationem rectè fieri; *§. 1. sup. de verb. obl. leg. 1. §. ult. eod.* Descriptus hic §. est ex *leg. 8. pr. hoc tit.* ubi concinniùs sic legitur: *Græcè fidejussor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, sive βούλομαι, sed & si φημὶ dixerit, pro eo erit, ac si dixerit, λέγω.* Atque ita etiam hic locus restituendus videtur. Sanè τὸ λέγω præcessisse, arguit subsequens interpretatio τῷ φημὶ, per idem verbum λέγω.

TEXTUS.

Si Scriptum sit, aliquem fidejussisse.

8. *In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi: ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideòque constat, si quis scripserit se fidejussisse; videri omnia solemniter acta.*

NOTÆ.

8. *Videri solemniter acta*] *leg.* 30. *de verb. obl.* nempè partes præsentes fuisse, & stipulationem ritè interpositam; citra quam fidejussor non constituitur; *l.* 5. §. 3. *d. tit. l.* 12. *C. hoc tit.* fac. §. 11. & 16. *tit. præc.*

COMMENTARIUS.

Cum fidejussisse aliquem scriptum est; omnia ritè acta creduntur; *l. sciendum* 30. *de verb. obl.* nimirum ut pro instrumento præsumptio est, vetum esse, quod in eo scriptum est; § *item verborum* 11. *sup. tit. præced.* ita etiam si de re aliqua, ad cujus substantiam certæ solemnitates jure requiruntur, scriptum sit eam intervenisse: etsi expressum non sit, solemniter istas esse adhibitas; tamen omnia solemniter acta esse intelliguntur: veluti si scriptum sit, promisisse aliquem; creditur sic ad interrogationem præcedentem respondisse; §. *si scriptum* 16. *tit. præc.* Eademque ratione si scriptum fuerit, fidejussisse aliquem; præsumitur id factum, adhibita à creditore præsente stipulatione; quoniam de essentia fidejussoris hoc est, ut stipulatio interveniat; *l.* 5. §. *satis* 3. *de verb. obl. l.* 12. *C. hoc tit.*

TITULUS XXII.

DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

C. Lib. 4. *Tit.* 30.

TEXTUS.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur; quæ nomina hodie non sunt in usu. Planè si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est; de pecunia minimè numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpissimè constitutum est. Sic fit, ut & hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex Principalibus Constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutiùs possint suis pecuniis forsitan defraudari, per Constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minimè extendatur.

NOTÆ.

Quæ nominibus fieri dicebatur] Nomen faciebat creditor, qui in tabulas suas accepti & expensi nomen illius, cui pecuniam debebat mutuam, præscribebat. Id fiebat præsente debitore; qui & ipse quoque in suas tabulas referebat quod deberet; quæ tabulæ prolatæ in judicio fidem faciebant debiti; Cic. *pro Rusc. Comed.* Salmas. *de usur. c.* 6. & *ad jus Attic. c.* 29.

Non sunt in usu.] Nam posterior ætas syngraphis uti cœpit, id est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis. Hotom.

Post multum temporis.] Post quinquennium. hodie post biennium, ut infra.

Dum queri non potest] Vel conventus excipere de pecunia non numerata; *l.* 8. & 2. *seq. l.* 14. *C. de non num. pec.*

Cessante verborum obligatione.] Nam si simul interposita sit stipulatio; non ex litteris, sed ex stipulatu obligatio nascitur; §. 2. *infr. de exc.*

Per Constitutionem nostram] *d. leg.* 14. *C. de non num. pec.*

Ut ultra biennii metas.] Intra biennium autem tria remedia ad retractandam confessionem prodita: condictio cautionis sive chirographi; *leg.* 7. *Cod. eod. leg. tit. C. de cond. ex leg.* querela seu denunciatio aut protestatio de non facta numeratione; *leg.* 8. *l.* 9. *de non num. pec.* quam in scriptis fieri oportet, ut exceptionem perpetuam debitor consequatur; *d. l.* 14. §. *ult. auth. seq.* exceptio non numeratæ pecuniæ adversùs creditorem intra biennium agentem; *leg.* 3. *l.* 5. *d. l.* 8. *d. l.* 14. *C. eod.* quæ præter naturam aliarum onus probandi transfert in creditorem; *l.* 3. *l.* 10. *C. eod.* ubi ratio. Exacto autem biennio, confessus qui beneficio juris non est, necessitate solvendi adstringitur; *d. l.* 8. *d. l.* 14.

COMMENTARIUS.

1 *Cautiones & confessiones debiti inutiles.*
2 *Quæ cautiones ad probationem tantum valeant.*
3 *Cautionem pecuniæ creditæ post biennium valere ad obligationem, ante ne ad probationem quidem.*
4 *Remedia ad cautionem intra biennium retractanda: & cur excipiens de pecunia non numerata levetur probatione.*
5 *Rectè ne obligatio hic proposita dicatur litterarum cùm Veteres eam numeraverint inter eas, quæ re contrahuntur: & alia quædam.*
6 *Obligationem, quæ nominibus fieri dicebatur, obsolevisse, qualis illa; & alia quædam.*
7 *Confessum post biennium scriptura obligari, ut etiamsi postea probare velit, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur.*
8 *Quibus argumentis Bartolus & DD. vulgò addicti dissentiant.*
9 *Confirmatio prioris opinionis.*
10 *Confutantur argumenta in contrarium prolata.*
11 *A quo tempore biennium currere incipiat: & alia notabilia.*
12 *Usus circa hanc exceptionem hodiernus.*

INterdum litteræ ad conventionem accedentes obligationem pariunt; quæ species obligationis tertio loco posita est in divisione
1 earum, quæ nascuntur ex contractu; *§. ult. sup. de obl.* Litterarum obligatio est, cum quis, scripto alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, quam non accepit, nec intra biennium confessionem tractavit. Ut res hæc perfectiùs intelligatur, partes definitionis evolvemus. Exigimus; ut quis scripto confessus sit; remotis litteris huic obligationi non est locus: quippe quæ alioqui non rectè diceretur litteratum. Cæterùm nihil refert, utrùm quis chirographo confessus sit, an alio instrumento professionem debiti continente, etiamsi id à Tabulario confectum sit; *Gloss. in leg. 3. C. de non num. pecun. Sichard. ibid. num. 8. Don. num.* 12. cautio passim à nostris præsertim in hoc argumento dicitur, *leg. 1. & 3. seq. leg. 8. Cod. d. tit. leg. emptor. 47. §. ult. de pact.* Exigimus: ut scriptum mutuo consensu traditum sit creditori nam sine conventione nulla ex contractu obligatio; *leg. 1. §. 3. de pact.* Exigimus professionem debiti, non cujusvis, sed mutui accepti: quod ut faciliùs intelligi possit; sciendum est: non cujuslibet chirographi aut cautionis hanc vim esse, ut confitentem obliget; sunt enim quædam cautiones & confessiones debiti planè inutiles; quales sunt; quæ causam debendi non continent, quas indiscretas vocant; cum scilicet quis confessus est, se debere, nulla nominatim expressa causa propter quam debeat; *l. cum de indebito 25. in fin. de prob. l. generaliter 13. C. de non n. pec. C. si cautio, d. de fid. instr. vid. Andr. D. Gail. 2. obs. 23. Damhoud. prax. civil. cap. 175. num. 14.* ubi notat; in emptoriis inter mercatores ex consuetudine etiam ex obligatione non causata jus reddi solere; *add. Groenevv. d. l. abrog. ad leg. 25. §. ultim. de probat.* Cæteræ, quæ certam debendi causam continent, utiles quidem sunt, sed non omnium una est vis idemque effectus. Etenim harum quædam ad probationem tantùm & fidem rei gestæ valent, ad obligationem numquam: quædam vim habent obligationis; numquam probationis solius. Ad solam probationem valent confessiones debiti omnes, quæ non sunt de pecunia mutua. Placet hasce scripturas valere ad probationem; & meritò placet; cùm nihil æquius sit, quàm unumquemq; proprio testimonio acquiescere, confessumque stare suæ confessioni; *d. leg. cum indebito, in fin. de probat. d. leg. generaliter. Cod. de non nu. pec. leg. 11. §. 1. de interrogat. in jur. fac.* Sed enim probationem tan- 2
tùm habent, obligationem numquam inducunt argumento est: quòd confessus ex chirographo suo conventus contra confessionem suam venire potest; placetque audiendum esse, si (quæ facultas nullis terminis definitur) paratus sit ostendere, se falsò confessum, inque eam rem proferat idonea instrumenta: nam testes in hac probationis specie visum est admitti non debere propter metum falsi; *d. l. cum de indebito, & d. l. genera-* 3
liter. Sola cautio & confessio pecuniæ creditæ & numeratæ obligationem inducit; contra verò ad probationem solam numquam valet; ut ex iis, quæ sequuntur, perspicuum fiet. Pecuniæ autem appellatione etiam cæteras res intelligimus, in quibus mutuum consistit, *leg. in contractibus 14. princ. Cod. de non num. pec.* Postremò exigimus; ut cautio emissa silentio biennii confirmata sit; non enim continuò, ut quis scripto confessus est se pecuniam mutuam accepisse aut sibi numeratam esse, litteris obligatur: sed cautio intra biennium, ex quo emissa est, ne ad probationem quidem; nedum ad obligationem valet; *l. 3. l. 10. C. d. tit.* At si intra id tempus confessionem non retractaverit; jam in eam summam, quam confessus est, planè obligatur; *hoc text.* & passim, *d. tit. C. de non num. pec.* Remedia ad retractandam intra biennium confessionem tria confitenti sunt prodita. 1. Condictio sine causa, aut ob causam dati, causa non secuta ad repetitionem chirographi; *l. 7. C. d. tit. l. ult. Cod. de cond. ex leg.* 2. Querela seu denunciatio & protestatio de numeratione non facta: quæ denunciatio scripto facienda, ut 4
exinde exceptionem perpetuam debitor consequatur; *l. 8. & seq. l. in contractibus 14. §. ult. & auth. seq. C. de non num. pec.* 3. Exceptio non numeratæ pecuniæ adversùs creditorem intra biennium agentem *l. 3. l. 5. l. 8. C. eod.* quæ exceptio præter naturam aliarũ omnium onus probandi transfert in creditorem; *d. l. 3.* Ratio differentiæ significatur in *l. 10. C. eod.* quòd facultate negandi reo concessa, non debuerit ab eo exigi probatio, proptereà quòd negatio facti per rerum naturam directò probari non potest; *l. actor. 23. C. de probat.*

Ad

Ad quam rationem accedit præsumptio pro confitente, ducta ex eo, quod frequenter accidit, scilicet cautionem expositam fuisse ante numerationem: cujusmodi præsumptio in cæteris causis cessat, quippè cautiones pecuniæ numeratæ & chirographa plerumque traduntur ante factam numerationem & spe numerationis futuræ, qua ne frustrentur, qui pecunia indigent, nihil facere solent ad nutum creditoris; *Rebuff. ad constit. reg. de chirogr. & cedul. art. 2. num. 18. Christin. vol. 3. decis. 37. num. 1.* Adjuncta est exceptioni non numeratæ pecuniæ generalis exceptio doli mali; *l. 3. C. de non num. pecun.* vel in factum detracta doli mentione; *l. 9. C. eod.* atque his remediis confessum uti posse etiam adversùs instrumentum garentigiatum; censet *Gomez 2. resol. 6. num. 3.* quamvis in contrarium proclivior sit Christin. *d. dec. n. 13.* Exacto verò biennio, convertitur vis
5 cautionis in contrarium: omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, *hoc text. l. 8. l. 14. C. d. tit.* Hæc ergo obligatio rectè dicitur litterarum, seu ex litteris nasci: siquidem post biennium non ampliùs quæritur, an pecunia confessa numerata sit: nec ne: sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur sicut res judicata & jusjurandum, ut non tantùm probet, sed etiam obliget confitentem. Planè Veteres nullam litterarum seu scripturæ ut causæ alicujus obligationis mentionem faciunt: ac ne iis quidem locis ubi ex professo causas & genera obligationis recensent; *l. 1. §. 3. de pact. l. 1. §. 1. l. obligamur, 52. de oblig. & act. l. 8. §. 1. de fidejuss. l. 1. de novat.* sed opinor, eos hanc obligationem retulisse inter eas, quæ ex re nascuntur propterea quòd qui ex ea agit, pecuniam quasi creditam petit, & condicit tamquam ex mutuo, *l. 5. C. de non num. pecun. & hoc text.* Rectiùs autem ex litteris hæc obligatio esse dicitur: nam etsi in cautione adjicitur causa, nempè mutui accepti, & pecunia quasi credita petitur, tamen re nequit dici quis obligatus, nisi quatenus ei numeratum est, *l. 2. §. 3. l. 11. §. 1. de reb. cred.* ut proinde, & quoniam nulla alia subest causa obligationis præter litteras seu scripturam emissam, rectè dicatur litteris obligatus: neque enim si sine scriptura confessus esset, similiter obligaretur, *Donel. ad d. l. 8. num. 34. C. de non num. pec. Gudelin. lib. 2. de jure noviss. cap. 6.* Caveat autem
6 quisque, ne temerè inficietur chirographum suum aut numerationem confessam: nam mendacii convicto pœnam dupli & amissionis cæterarum defensionem novissima Justiniani Constitutio imponit, *auth. Contra qui, C. d. tit.* Nititur hæc obligatio civili quadam æquitate, quæ boni publici finem ac judiciorum expediendorum facilitatem maximè spectat: eademque ferè ratione defenditur, qua usucapio & præscriptiones temporales, *l. 1. de usuc. l. ult. pro suo l. 1. l. 3. Cod. de annal. except.*

Quæ nominibus fieri dicebatur] Romæ olim moris fuit, ut unusquisque paterfam. tabulas domi haberet, in quibus quicquid per singulos dies vel acciperet vel expenderet perscribebat, ut Cicero in ea pro Cluent. demonstrat. De harum tabularum fide censores quinto quoque anno cives ad jusjurandum adigebant, teste Dionys. Halicarn. *lib. 4.* Atque hinc fidem in judiciis facere solebant, ut ex oratione pro Q. Roscio ostendit Hotomannus. Asconius autem Pædianus, *in Verrin. 3.* scribit: Nomina in tabulis dici consuesse titulos seu articulos debitorum. Itaque nominibus obligatio contrahebatur, cum in tabulis perscribebatur, aliquem alicui certam pecuniam debere: neque aliud erat nomina facere, quàm in tabulas referre, aliquid alicui deberi, quod tunc fiebat, cum pecunia præsens non numerabatur. Atque hinc est, quòd obligationes seu debita appellantur nomina. Referri autem solebat non tantùm in tabulas creditoris, verùm etiam in aliorum quorumdam, quæ tabulæ idcirco in judicium interdum afferebantur. Latiùs hæc explicat, & Veterum testimoniis præsertim Ciceronis confirmat Hotomannus. Ego verò non puto, hujusmodi scripturam valuisse
absolutè ad obligationem, sed vim dumtaxat ha- 7
buisse probationis. Illud ex iis, quæ diximus, intelligitur: non tantùm huc pertinuisse scripturam mensæ argentariæ, verùm etiam privatorum codicum accepti & expensi. Majorem lucem expectamus à D. Salmasio in libro, quem præ manibus habet, de usuris Justinianeis.

Hodie non sunt in usu] Ætate Justiniani nomina in usu non erat: quippe, translato Constantinopolim imperio consuetudo Græcorum recepta est, qui syngraphis utebantur, hoc est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis atque obsignatis. Posterior tamen ætas non *συγγραφὰς* sed *συμβόλαια* appellavit: Latini *instrumenta & cautiones*, voce generali ad chirographa quoque producta; qua de re consule doctiss. Salmas. *lib. de mod. usur. c. 10.*

Dum quæri non potest, scripturas obligetur] Si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens omnino est: eum necessitate rei solvendæ jam adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundùm formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quàm si solvat aut satisfaciat creditori, *inf. quib. mod. toll. obl. l. 9. §. 3. de pign. act.* Atque hoc etiam expressè rescriptum est in specie debiti proposita *l. 8. Cod. de non num. pec.* Quid ergo si debitor post biennium paratus sit probare, pecuniam sibi numeratam nō esse, anne sic quidem audiendus erit? Accursius de quorumdam Veterum sententia putat audiendum esse; quod & Bartolo & comm. DD. visum *in l. 3. & l. 14. C. d. tit. Gomez 2. resol. 6. n. 7. Moz. de contr. tit. de mutuo n. 9. Baroni Schneid. Bachov. Corvino in enchir. hic, D. Bronchorstio 1. assert. 22. Ant. Perez in d. tit. C. n. 14.* Moventur: quòd exce- 8
ptiones natura sua perpetuæ sunt, *l. 5. §. ult. de dol. mal. except.* & quòd cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli mali, *l. 3. C. d. tit.* quæ cùm sine dubio perpetua sit, *d. l. 5. §. ult.*

ult. utique etiam biennium competere debeat, etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Ad hæc: nõ sunt admittendæ, ajunt, illicitæ exactiones, *6. de off. præf.* Illicita verò & iniqua exactio est, si reus, probare volens, pecuniam sibi numeratam non esse non audiatur. Postremò non potest biennii lapsus creditori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solummodò tribuit debitori immunitatem probationis, *l.10. C. eod.* ergo nec lapsus biennii ei ampliùs adimere potest. Sed procul dubio verius est; debitorem nec probationem ultro offe-
9 rentem post biennium audiri. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex litteris, non ex re aut numeratione nascitur; omnino consequens est: eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum, seu causam obligationis agnoscit; cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, quantumvis ejus rei offerat probationem. Quòd si probatio contra cautionem post biennium admitteretur; jam nec scriptura ad obligationem valeret, sed tantùm ad probationem: nec novum non esset obligationis genus, quod ex litteris nasceretur; sed ex re: denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ (quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua) præter immunitatẽ probandæ exceptionis intra biennium oppositæ: qua parte etiam major vis est cæterarum cautionum, quàm pecuniæ creditæ; ex quibus tamen obligationem litterarum non nasci, inter omnes convenit. In summa; nulla esset revera litterarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide facienda: ut uni ante biennium incumberet probatio; post illud tempus alteri; & consequenter expungenda esset hæc obligatio è catalogo verarum obligationum; cùm verè debitor appellari non possit, qui exceptionem perpetuam habet, *l.66. l.112. de reg. jur.* Loci juris in eamdem sententiam manifesti sunt *In l. asservatio, 10. C. de non num. pec.* traditur: Querelam seu exceptionem nõ numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere; quod ad immunitatem probationis minimè restringi potest. *In l.8. Cod. eod.* scriptum est: Eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodò debitum solvere compelli. Idem expressum est *in l. 14. pr. C. eod.* ubi verbis disertissimis cavetur: ut post biennium nulla ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur; ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit: quomodo & Græci hoc acceperunt: *Harmenop. l. 2. tit. περὶ ἀναργυρ. num. 4. ὁ λέγων ὅτι οὐ γέγονεν ἀρίθμησις εἰ μὴ ἐντὸς διετίας οὐ ἐναχθῇ, οὐ διαμαρτύρεται περὶ τούτου, ἀδείαν ἔχει δικαιολογίαν.* Hoc amplius *in dict. l. 14. §. 3.* Illud nominatim observari jubetur: ut ne liceat debitori, qui questus non est, post biennium creditori agenti offerre jusjurandum; cùm tamen aliàs recusatio jurisjurandi judicialis adversùs recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur; *l. manifestæ, 38. de jurejur.* adeòque facilùs admittenda sit jurisjurandi delatio, qua actor testis & judex in sua causa constituatur, ut rem uno verbo transigere possit, quàm prolixæ & adversùs invitum suscepta probationes: *arg. l. 1. & l. 2. d. tit.* His accedit & textus *in l. ult. Cod. de condit. ex leg.* ubi nominatim cavetur: ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam verò si cautio oblata probatione pecuniæ numeratæ post statutum tempus condici non potest; nulla ratio est, cur exemplo pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Postremò uno tantùm modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota scilicet intra biennium querela, seu facta protestatione, *d. l. 14. §. ult.* Argumenta, quæ in contrarium afferuntur, infirmiora sunt, quàm ut hanc sententiam convellere possint. Nam quòd exce- 10
ptiones dicuntur esse perpetuæ, id ad eas non pertinet, quæ etiam ultro à debitore per modum actionis proponi possunt. Exceptio verò doli, quæ cum illa pecuniæ non numeratæ concurrit, non est exceptio doli specialis, quæ adversùs eum, à quo dolo decepti sumus ut promitteremus perpetua est: sed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrens illarum naturam & conditionem semper sequitur; *l. 2. §. & generaliter, 5. de dol. mal. exc.* Planè si debitor dolo se inductum dicat, aut vi coactum ut confiteretur, aut dicis tantùm causa numerationem intervenisse, cùm aliud ageretur, aliud simularetur; etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere, nemo est qui ambigat. *Don. ad l. 8. C. de non num. pec. Ant. Fab. Cod. suo, eod. tit. defin. 2.* Porrò non est iniqua exactio, ubi debitum petitur: nec iniquum (si rationem civilem spectamus) eum, qui proprio chirographo se debere confessus est, post silentium totius biennii hanc quasi contempti beneficii juris pœnam luere, ut confessioni suæ litteris testatæ omnimodò stare, & confessam pecuniam solvere cogatur. Quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum responsum esto. Postremum in eos ipsos, qui illud afferunt, retorquebimus hoc modo. Quod biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum adimit: at biennium debitori non solùm immunitatem tribuit probationis, sed maximè exceptionem non numeratæ pecuniæ, *l. 3. Cod. d. tit.* ergo lapsus biennii utrumque adimit: quod & expressum est *in d. l. 8. l. 9. & d. l. 14. Cod. eod.* Hanc nostram sententiam jam olim amplexus est *I. Fab. hic*, aliique nonnulli citati à *Fachin. 2. controv. 81.* eaque nunc neotericis ferè probatur, *Duar. ad d. tit. Cod. cap. 4. Don. ad dict. l. 8. num. 21. & seqq. Fachin. d. loc. Vulsemb. hic. Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. c. 6. Tulden. in comment. hic c. 3.*

Cessante verborum obligatione] Si cautio intervenerit & simul interposita sit stipulatio; non nascetur quidem obligatio ex litteris, sed ex stipulatu: cæterum eamdem vim & pro reo & contra eum habebit, quæ futura esset sine stipu-

stipulatione, *l. 9. C. de non num. pecun. §. 2. inf. de except.*

11 *Ne ultra biennii metas*] Tempus, intra quod exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit: pro quo Justinianus substituit biennium continuum, quod currere incipiat à tempore emissæ cautionis; ita tamen, ut hæc præscriptio non currat minoribus 25. annis: & majores, qui per justam absentiam querelam movere non potuerunt, adversùs exceptionem amissam in integrum possint restitui; *d. l. 14. C. de non nu. pec. junct. l. 2. C. in quib. ca. in int. rest. nec. non est, l. 1. in fin. ex quib. ca. maj.* In tempore proponendæ querelæ seu exceptionis dotis non numeratæ, quæ species exceptionis non numeratæ pecuniæ, diversum nonnihil statutum; *l. ult. & auth. seq. C. de dot. caut. non num.* Datur querela & exceptio seu replicatio potiùs non numeratæ pecuniæ etiam creditori (apocha seu confessio) pecuniam sibi solutam esse, quibuscumque ex causis soluta dicatur, sed tantùm intra triginta dies; *d. l. 14. §. 2.* Exactoribus autem tributorum, vectigalium, aliarumque publicarum functionum contra apochas factæ à collatoribus solutionis prorsus non datur, *d. l. 14. §. 1.*

12 Moribus nunc ferè receptum est, ut exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium tueatur debitorem sine probatione, & creditor, qui intendit numeratam esse, intentionem probare cogatur: post biennium verò audiatur adhuc debitor eadem exceptione utens; cæterum hac conditione, ut ipse exceptionem probet, secundùm sententiam Accursii, Bartoli & aliorum quos superiùs allegavimus; *Ant. Fab. Cod. suo de non num. pec. defin. 1. Christin. vol. 3. decis. 37. Zang. de exc. p. 3. c. 12. n. 24. Grot. 3. manuduct. c. 5.* In Gallia receptum, ut debitor post biennium etiam jusjurandum creditori deferre possit, *Autumn. & Mornac. in d. l. 14. C. de non num. pec.* Secundùm quod & Curiam Hollandiæ aliquando judicasse refert *Groenewe. de l. abrog. ad rubr. C. d. tit.* Eadem conditione auditur & creditor post triginta dies adversùs apocham seu professionem pecuniæ solutæ; *Ant. Fab. d. tit. defin. ult.* Apud Gallos, quæ conditio est cæterarum cautionum (ut scilicet statim fidem faciant, transferantque onus contrariæ probationis in eum, qui cautionem exposuit) eadem est & cautionis pecuniæ creditæ; testib. *Imbert. 1. inst. forens. 35. Rebuff. ad const. reg. de chirogr. & cedul. recogn. art. 2. nu. 28. & 68.* Idem de universo Belgio testatur Gudelin. *3. de jur. noviss. cap. 6. in fin.* sed procul dubio errat. Apud nos sanè idem quod in Gallia observatur; sed in nonnullis aliis harum regionum Provinciis beneficium exceptionis, quod intra biennium ex causa mutui confessi jure communi competit, adhuc in usu esse, vel illud argumento est: quod huic beneficio & exceptioni non numeratæ pecuniæ plerumque in instrumentis & cautionibus pecuniæ creditæ renunciari solet: quam renunciationem hunc effectum habere volunt, ut creditor necessitate probandæ numerationis in totum exoneretur, non ut non possit adhuc objici exceptio: sed ut objecta etiam intra biennium si sine privilegio, ita post Gloss. *in l. 3. Cod. de non num. pec. D. Ioan. à Sande lib. 3. rer. judic. tit. 2. defin. 1. D. Deckher. lib. 1. dissert. 6 n. 4.* qui etiam refert; Curiam Brabantiæ judicasse, locum non esse exceptioni pecuniæ non numeratæ contra instrumentum publicum, neque etiam inter mercatores, inter quos summa vigere debet æquitas: licèt quoad hoc dissentiat Stracha *de mercat. tit. quomod. in caus. merc. proced. num. 9. Farin. contr. for. lib. 2. cap. 86.* quorum sententia de jure verior videtur Christinæo *d. vol. 3. decis. 37. nu. 16.* quamvis contraria obtineat; *Groenewe. d. loc. & ibi cit.* Notetur obiter D. Grot. *ἀμάρτημα μνημονικὸν d. lib. 3. cap. 5. Merul. l. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2. num. 3.* Illud hic monere non est extra propositum, ne diu frustentur creditores: apud nos & in Gallia usu fori receptum esse, ut debitores initio litis cautiones suas vel agnoscere, vel negare cogantur, agnoscentes; ut mox solvant & pecuniam consignent, (quod *namptisare & namptissemem* vulgò appellant) recepturi postea, si nihil deberi constiterit: negantes; si mendacii convincantur, pœnam dupli subeant; juxta *auth. cont. qui. Cod. de non num. pecun.* aut pœnam arbitrariam expectent; quod nunc magis in judiciis observari notat *Rebuff. ad proœm. constit. reg. gloss. 5. num. 6.* & post eum *Christin. dict. decis. 37. num. 12.* & conservandi juris fiscalis gratia traditur obligatio sive cautio procuratori generali; *Merul. d. loc.* Vid. circa hanc materiam *Imbert. lib. 1. instit. forens. cap. 35. & seq. Rebuff. ad const. reg. de chirogr. & cedul. recogn. in præfat. nu. 44. & seqq. & DD. in auth.* modò citata.

TITU-

TITULUS XXIII.
DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

Continuatio.

SEquitur postrema obligationum ex contractu species, Obligatio ex consensu: quippè quæ ex quatuor propositis adhuc superest. Habent quidem etiam cæteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut litteris contrahuntur, in se consensum, utpotè qui communis est omnium contractuum spiritus; *l.* 1. §. 3. *de pact.* sed hoc ampliùs requirunt ad perfectionem contractus & obligationis substantiam, ut res, aut verba, aut litteræ cum consensu concurrant: obligationes autem, de quibus deinceps dicturi sumus, ex consensu esse ideò dicuntur, quia consensu solo perficiuntur & constant, nihilque desiderant præter mutuam contrahentium voluntatem. Solo consensu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor; emptio & venditio; locatio & conductio; societas, mandatum; quæ singula singulis titulis explicabuntur.

TEXTUS.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus; societatibus; mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodò opus est; ac nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos qui negotia gerunt, consentire; unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, cùm alioqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

NOTÆ.

Sufficit, &c. consentire] Nihil desiderant præter mutuam contrahentium voluntatem, cùm in aliis solus consensus non sufficiat ad obligationem;

COMMENTARIUS.

1 *Quibus modis consensus declaretur.*
2 *Obligationum ex consensu pinguiorem esse naturam quàm obligationis verborum.*

NEque scriptura] Hoc dicit ad differentiam obligationis litterarum, ad quam constituendam scriptura requiritur. Cæterum nec obligationes, quæ re aut verbis contrahuntur, magis scripturam desiderant quàm eæ, quæ consensu. Quòd verò in his etiam scriptura sæpè adhibetur, id eo fit, ut faciliùs probari possit quod actum est: non quòd ad substantiam contractus obligationisve constitutionem scriptura pertineat; *l.* 4. *de fid. inst. l.* 4. *de pign.* Totus hic locus ad verbum descriptus est ex Cajò *l.* 2. *de obl. & act.*

Neque præsentia] Ut in conficienda stipulatione: nam quæ obligationes re aut litteris contrahuntur, similiter partium præsentiam non desiderant.

Ac ne dari quicquam necesse est] Ut in mutuo, commodato, cæterisque contractibus, in quibus res tradita demum initium obligationi præbet.

Sed sufficit, &c. consentire] Declaratur consensus aut certis indiciis, aut ex re factove aliquo colligitur. Indicia sunt, veluti verba, litteræ; *l.* 2. *de pact. l.* 4. *pro soc.* item nutus: nam & nutu conveniri posse, argumento est, quòd fideicommissa nutu relinqui possunt, quamvis non relinquantur nisi ex voluntate; *l. nutu* 21. *de legat.* 3. Facta intelligimus ea omnia, quibus intervenientibus, præcedens conventio non potest videri non placere. Exemplum hoc esto: Vendidit aliquis prædium meum me præsente, nec tamen apertè consentiente, si pretium ex ea causa accepero; videbor ipse vendidisse; *leg.* 12. *de evict.* Similia exempla habemus *in leg.* 6. §. *qui patitur*, 18. *mandat.* 1

Unde inter absentes quoque] Quoniam ad constituendam obligationem ex consensu præter conventionem & nudum contrahentium consensum nihil requiritur; ex eo colligit Justinianum cum Cajo *d. l.* 2. *de obl. & act.* hujusmodi negotia & obligationes etiam inter absentes contrahi posse, puta per epistolam aut nuntium. Est verò hoc intelligendum de nuda & simplici epistola nuntiove solo: alioqui & re contrahi obligatio per nuntium potest; veluti mutui, commodati, missa per eam pecunia aut re. Similis collectio est *in l.* 1. *pr. mandat. l.* 1. §. *ult. de contr. empt.*

Alter alteri obligatur in id, quod ex bono & æquo] His verbis indicatur alia proprietas contractuum, qui solo consensu perficiuntur; quòd obligationem producant pleniorem & pinguiorem: quàm ea est, quæ nascitur ex stipulatu; nimirum quòd in istis contractibus alter alteri obligetur, non in id modò, de quo convenit, aut dictum est, sed etiam in id omne, quod ex fide bona seu bono & æquo alterum alteri præstare oportet, quamvis de eo nihil cautum sit; cùm ex stipulatione obligatio eatenus tantùm nascatur, quatenus lingua nuncupatum est; *l. quicquid* 99. *de verb. obl.* Non est verò hoc contractuum, qui consensu fiunt, proprium 2

quar-

quarto modo, sed ad cætera quoque judicia bonæ fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantùm valere officium judicis ex bono & æquo, quanrum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio; *l. 7. de neg. gest. l. Lucius 4. depos. §. in bona 30. infr. de action.* quamquam hoc loco & apud Cajum *d. l. 2. de obl. & act.* videri potest per excellentiam quamdam hæc qualitas solis tribui contractibus, qui consensu perficiuntur; eademque ratione his opponi stipulatio. De natura & differentiis judiciorum bonæ fidei & stricti juris dicemus ex professo infra *sub §. actionum 28. de action.*

TITULUS XXIV.

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

Dig. lib. 18. & 19. tit. 1. C. lib. 4. tit. 38. & 40.

1 *Ratio ordinis. Emptionis origo & utilitas.*
2 *Emptionis definitio cum explicatione singularum partium.*
3 *Summa hujus tituli.*

1 EXplicaturus ordine contractus, qui solo consensu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, specie hujus generis contractuum nobilissima, & ad vitæ communis usum maximè necessaria, recte Paulo *l. 1. hoc tit.* ubi scribit: Originem emendi vendendique à permutationibus cœpisse; significans, ut ipse se declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutatione rerum ægrè succurritur, causam esse, quòd nummus inventus, & emptio introducta sit: quod etiam docet Aristot. *5. Ethic. 5.* ubi nummum ait hominum instituto factum esse ὑπάλλαγμα τῆς χρείας succedaneum & ἐγγυητήν; 2 quasi sponsorem futuræ indigentiæ. Emptio & venditio est contractus, quo id agitur ut pro certa pecunia uni danda alter rem accipiat. Appellatur hic contractus emptio & venditio, quia duobus hisce factis seu partibus constat, emptione & venditione, quæ juncta unum contractum constituunt. Factum ejus à quo pecunia est, emptio dicitur, ille emptor, ejus à quo res proficiscitur venditio, ille venditor. Notandum autem est: sic pars partes esse unius contractus, ut tamen partes sint inter se distinctæ ac separatæ, ut una non possit esse altera; aliudque semper sit emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor *leg. 1. in fin. hoc tit. l. 1. pr. de rer. permut.* Nam quod dicitur *in l. veteres 19. & seq. de act. empt.* veteres in emptione & venditione, sicut in locatione & conductione, his appellationibus promiscuè usos esse; id non hoc significat, usos esse una pro altera, ut malè meo judicio D. Vultejus sed usos una, pura vel sola appellatione emptionis, vel sola venditionis, ad utrumque intelligendum, indicandumque totum contractum, ut passim in hoc argumento fieri videmus: scilicet quia unum sine altero nec esse, nec intelligi potest, ut est natura relatorum; *Connan. 7. comm. 6. Donell. ad rubr. C. hoc tit. n. 4.* Non expressi in definitione (quod plerique faciunt) emptionem esse contractum mutuæ præstationis, juris gentium, bonæ fidei, nominatum, consensu constante: quoniam ex verbis definitionis satis intelligitur, præter consensum ad perficiendam emptionem nihil desiderari; cætera verò insunt generi, nullus enim contractus est ex iis, qui consensu fiunt, qui non sit ἀλλακτικός, bonæ fidei, juris gentium, nominatus, nam conventio de pignore, pactum donationis, constitutum, huc non pertinent, quia non sunt contractus. De cæteris hujus generis contractibus idem judicium esto. Res, quæ traditur, in hoc contractu dicitur merx: pecunia, quæ pro re datur, pretium, *d. l. 1. §. sub fin. hoc tit.* Igitur circa hæc duo consensus in emptione versatur circa pretium & mercem: illud ut venditori detur, hæc ut tradatur emptori: ex quibus 3
substantia emptionis æstimanda & definienda fuit. Justinianus hoc titulo explicat, quomodò contractus emptionis & venditionis perficiatur tum sine scriptura, tum etiam cum convenit, ut per scripturam fieret; inde de materia, forma, fine & effectu disputat, quamquam nonnihil confusè. Postremò de rebus, quarum venditio non consistit.

TEXTUS.

De emptione pura. De pretii conventione, arrhis, & scriptura.

Emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit: nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura conficiuntur, nō aliter perfectam esse venditionem & emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium; vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta:

& si

& si per Tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impunè recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est; is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit: si vero venditor; duplum restituere compellitur, licèt super arrhis nihil expressum sit.

NOTÆ.

Simul atque de pretio convenerit] *l. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de rer. perm.* nisi aut conditionalis sit emptio, *l. 9. hoc tit. l. 7. de perm. & com. rei vend.* aut eam in scriptis fieri placuerit; ut infra.

Argumentum est emptionis] *l. 35. pr. eod.* Datur autem arrha vel simpliciter, ut sit symbolum dumtaxat & indicium emptionis contractæ, veluti si annulus detur, & emptione consummata restituenda est; *l. 11. §. 6. de act. empt.* vel ut μέρος τῆς τιμῆς: ut simul postea cedat in partem pretii, data certa pecunia, *d. l. 21. §. 6. l. ult. de leg. comm.*

Nisi & instrumenta emptionis, &c.] Si privata sit scriptura, sufficit instrumentum propria contrahentium manu perscriptum esse: aut si scriptum ab alio: manu eorum confirmatum: si publica; non aliter instrumentum completum intelligitur, quàm à Tabellione exceptum, partibus prælectum atque ab ipsis approbatum fuerit, *d. l. 17.*

Sine pœna recedere] Etiam invito altero: quoniam quamdiu instrumentum perfectum non est, obligatio non nascitur.

Sive sine scriptis venditio celebrata sit] Id est, celebrari cœpta sit. Nam modò dixit pœnitentiæ locum esse, quamdiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Clariùs id elucet ex verbis *d. l. 17. vers. Illud etiam adjicientes.*

Qui recusat adimplere contractum] Hoc est, qui recusat emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ; *d. l. 17. d. vers.* Cùm enim contractus perfectus est, & semel constituta obligatio, nullo modo alter invito altero recedere potest: *leg. 5. Cod. de oblig. & act. l. 3. Cod. de resc. vend. l. 1. & 2. C. quand. lit. ab empt. disc.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando emptio contracta intelligitur, & quid intersit inter perfectionem contractus & consummationem.*
2 *Re certa vendita, diversam esse emptoris & venditoris præstationem, genere vendito, non item.*
3 *Esse qui negent, venditorem licèt facultatem tradendi habeat, præcisè teneri rem tradere, sed præstando id, quod interest defungi.*
4 *Præcipua hujus sententiæ firmamenta.*
5 *Verius esse, venditorem prædicto casu præcisè tenere tradere.*
6 *Hujus sententiæ potissima fundamenta.*
7 *Respondetur ad argumenta pro contraria opinione adducta.*
8 *Arrham dari vel ut symbolum, vel ut cedat in partem pretii: & effecta utriusque.*
9 *Quando res in hoc contractu desinat esse integra, & duplex DD. error notatur.*
10 *Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat.*
11 *Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur.*
12 *A contractu perfecto sine communi consensu recedi non posse, licèt arrhæ intervenerint.*
13 *Accurata contrariæ opinionis confutatio.*

UT primùm de re & pretio convenit, emptio perfecta intelligitur; quamvis nec res tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data sit *l. 2. §. hoc tit. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 8. de peric. & commun. rei vend. & hoc text.* Itaque in contractibus, qui consensu perficiuntur, distinguenda perfectio contractus à consummatione sive implemento. Emptionem & venditionem perficit solus consensus de re & pretio: consummat rei traditio & pretii numeratio; qui extremus est contrahentium finis. Simul atque autem emptio perfecta est, nascitur utrinque obligatio; teneturque emptor actione ex vendito, ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promisit, solvat; venditor actione ex empto, ut rem venditam tradat emptori; *tit. Pand. & C. de act. empt.* Est verò præstatio hæc emptoris & venditoris nonnihil diversa. Emptor enim nummos, quos pretii nomine præstat, venditoris facere cogitur, venditor verò tantùm vacuam rei possessionem tradere; quæ res, si venditor dominus fuit, facit & emptorem dominum: si non fuit; evictionis tantùm nomine venditorem obligat: neque enim cogitur venditor dominium rei in emptorem transferre, sed satisfacit obligationi, si præstet, habere licere, *l. 11. § 2. l. servus 30. de act. empt. l. si ita 25. §. 1. hoc tit. l. 1. de rer. perm.* Hoc ideò tam varie, ut credibile est, ne usus hujus contractus impediatur. Nam etsi venditor non præcisè obligatur ad dominium rei venditæ in emptorem transferendum, tantumdem tamen consequitur emptor tradita rei vacuæ possessione, & evictione re evicta præstita. At vero pretii, quod in pecunia numerata consistit, nullus est usus, nisi accipientis fiat. Adde, quòd pretium non in specie, sed in genere constituitur: generis autem debitores constat non liberari, nisi rem ex eo genere perfectè faciant accipientis; *l. si à subsistuto 45. §. 1. de legat. 1. l. quia*

1
2

l. qui concubinam 29. §. pen. de leg. 3. l. hæres 58. de evict. Quam ob causam & in venditore generis idem probandum crediderim: puta si quis in genere vendidit bovem aut equum; cum Bartolo in
3 *l. 2. si cert. pet. num. 7.* Illud non satis expeditum est: utrùm venditor, si potestatem tradendi habeat, rem præcisè tradere teneatur, an offerendo solutionem ejus, quod emptoris interest, defungi possit. Joannes Bulgarus, Azo, Hugolinus, teste Saliceto *in l. 4. C. de act. empt.* censuerunt: Venditorem etiam tum, cum facultatem tradendi haber, non posse præcisè compelli, ut tradat, sed solvendo interesse liberari. Consentiunt. *Alciat. ad l. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter. Duar. de in lit. jur. n. 22. Don. ad d. l. 4. C. de act. empt. Fach. n. 2. contr. 30. Gædd. de contr. stip. cap. 9 num. 65. & seqq.* Atque eo quoque inclinant. *Covar. 2. var. resol. cap. 19. n. 1. Bachov. in Treutl. vol. 1. disp. 28. thes. 2. Gudelin. 3. de jur. nov. c. 7. Christin. vol. 3. decis. 54. n. 6. & decis. 61. n. 2. item decis. 75. n. 5.* ubi refert: Etiam magnum Senatum Mechliniensem secundùm hanc sententiam sæpè pronuntiasse. Firmamenta hujus sententiæ præcipua hæc sunt. 1. In
4 obligationibus faciendi ita in universum jus est, ut debitor liberetur solvendo id, quod interest; *l. si quis 13. §. ult. de re jud. l. stipulationes 72. pr. vat. Celsus, de verb. obl.* at talis est obligatio, qua tenetur venditor; *arg. l. si rem 28. d. l. stipulatione eod. tit.* 2. Non uno in loco traditum legimus. Si res vendita non tradatur, in id quod interest, agi, venditorem non tradentem quanti intersit, condemnari, *l. 1. l. 11 §. idem ait 9. l. 12. de act. empt. l. 10. quib. mod. pign. solut.* 3. Hoc amptiùs disertè scriptum est *in l. 4. C. de act. empt.* etiam tum venditorem, quanti emptoris interest, condemnandum, cum procacia ejus fit, quominùs res tradatur. Atqui nulla procacia, nulla contumacia in eo est, qui facultatem tradendi non habet. 4. Non obscurè electio venditori tribuitur, utrùm contractum perficere, hoc est, venditionem implere, & rem tradere velit, an emptori, quod interest, persolvere; *l. contractus 17. C. de fid. instr.* Cæte-
5 rùm contraria opinio tantùm non ubique in praxi recepta est, pluresque habet Auctores, quibus & meum calculum addo; nimirum: Venditorem, cui potestas tradendi fit, teneri actione ex empto, ut rem ipsam tradat, nec solvendo emptori id, quod ejus interest, obligationi satisfacere; *Cyn. & Bart. in d. l. stipulationes, de verb. obl.* item Bart. & Castr. *ad d. l. 1. de empt. Bald. in d. l. contractus, C. de fid. instr. num. 14. Salic. in d. l. 4. C. de act. empt. Alex. Dec. Las. ad l. 9. si cert. pet.* Ex modernis *Gomez. 1. res. 10 n. 22. Olden. class. 4. act. 1. Moz. col. 4. de natu. empt. n. 26. & seqq. Ant. Fabr. 5. conject. 17.* qui tamen, ut est inconstans, in alteram partem transit *decis. 85. error. 4.* sed in Cod. suo *tit. d. pact. defin. 11.* refert: Senatum Sabaudiæ secundùm hanc posteriorem sententiam judicasse. Ita quoque decidunt, *Rot. Genuens. dec. 214. Stat. in thesio*
6 *recept. sent. lit. V. venditor, si facultatem Pinell. in l. 1. C. de bon. matern. part. 3. nu. 25.* Fundamenta hujus sententiæ potissima sunt 1. Rei æquitas, cui minimè convenire videtur, ut emptor præcisè teneatur pretium solvere; venditor autem contra non teneatur rem tradere, ut emptor rei periculum sustineat, rem tamen consequi non possit, denique ut propter fraudem venditoris fidem conventionis adimplere, cum potest, recusantis emptor probationi difficillimæ ejus, quod interest, quod & ad exiguam summam plerumque deducitur, *l. ult. de stip. præt.* adst ingatur. 2. Quod responsum est: Tum non posse agi, ut venditor rem tradat, cum (quod multis modis accidere potest) tradendi facultatem non habet, *l. si cum fundum 68. § ult. hoc tit.* Hinc enim à contrario rectè colligitur, cum eam facultatem habet, agi posse ut tradat. 3. Rescriptum Imp. *in l. 6. C. de rescr. vend.* Unde sic rectè infertur. Si emptor duplo pretii sibi oblato ab emptione recedere non cogitur; igitur nec oblata præstatione ejus, quod interest, utpote cujus æstimatio in venditionibus duplum excedere non potest, *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* 4. Probatur hæc sententia omnibus iis juris locis, in quibus traditur: Venditorem oportere in primis ipsam rem præstare; obligatum esse, ut præstet, rem habere licere; quod absque traditione possessionis fieri non potest, *l. 2. l. 3. l. 11. §. 2. l. si servus 30. in fin. de act. emp. l. Labeo, 45. in fin. hoc tit. l. 8. de evict.* 5. Adhuc apertiùs *leg. bona fides 50. & leg. si quis 46. de act. empt.* quarum in altera scriptum est; Venditorem compelli rem tradere, in altera; Cogi venditionem implere. Aliud autem est implere contractum: aliud id quod interest, præstare, *l. contractus 17. C. de fid. instr.* 6. Apertissimè loco Pauli *1. sent. 13.* ubi sic scribit: *Si id, quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat, aut mancipet.* 7. Idem confirmat textus *in §. 1. hoc tit.* ubi Justinianus expressè ait: Emptione perfecta, & pretium omnimodo solvendum & rem tradendam esse. Item alter in *§. 2. sup. de donat.* ubi eamdem traditionis necessitatem, quæ incumbit venditori, ad hujus exemplum donatori quoque imponit, ut fatendum sit, aut ei, qui donavit, necessitatem traditionis non incumbere, aut si fatemur incumbere, fateamur & incumbere ei, qui vendidit. 8. Postremò cùm possit venditor, si jure publico ei concessum esset, rem venditam, quam tradere potest, non tradere, modò pati velit se condemnari in id, quod emptoris interest; non tradens aut facultatem tradendi sibi adimens, dici frangere, rumpere contractus fidem, *ut l. 6. C. ne hæred. vend. l. 10. C. de act. empt.* Ad argumenta dissentientium non quæram operosas responsiones. Fefellit eos primum, 7
quòd putaverunt: omnes obligationes faciendi esse ejusdem naturæ, factaque nuda & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, qualia sunt, exempli gratia, Romam ire, tabulam pingere, insulam fieri, fossam fodere, similia esse iis, quæ in rei alicujus præstatione & juris possessionisve translatione consistunt, quale est ejus, qui tenetur ex causa venditionis rem tradere: inter quæ multum interesse alii rectè

docent,

docent; *arg. l. in conventionalibus 52. §. 2. de verb. oblig. leg. qui res 98. §. mihi de solut.* Nam prioris generis facta sunt ejusmodi, quæ ut quis faciat cogi non possit sine vi & impressione: & ideò ne homini libero vis fiat; placet, in his debitorem non præcisè ad faciendum quod promisit obligari: imò factum hactenus tantum esse in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti nunquam possit; sed id solùm, quod interest: neque id fiat mox, sed tum demum, cùm transierit tempus, intra quod fieri potuit quod promissum est: ut hic post moram, quasi per speciem quandam novationis, in locum prioris obligationis succedat obligatio in id, quod interest, cujus jam præstandi necessitatem debitor evitare, & faciendo se liberare non potest, nisi ante litem contestatam; *l. 14. l. stipulationes 72. l. si insulam 84. l. servorum 91. §. 3. de verb. obl.* At cum res aliqua tradenda est: non tam illud agitur, ut tradentis factum aliquod interveniat; quàm ut in eum, cui res tradi debet, possessio transferatur: quòd si facto ejus ipsius, qui ad tradendum obligatus est, non facto, judicis auctoritate poterit possessio avocari, atque in eum, cui res tradi debuerat, transferri; per *l. qui restituere 68. de rei vend.* Dissimilitudo clariùs apparebit ex paucis quæ subjiciam Obligationes, in quibus nudi facti præstatio versatur, incertæ sunt; *l. ubi autem 75 § quid id 7. de verb. obl.* utpotè in quibus id dumtaxat, quod interest, (quod vel ex ipsa pronuntiatione apparet incertū esse) ita venit, ut cum effectu peti possit; uti paulò ante demonstratum. Obligatio autem venditoris certa est, quia non continet nudum factum, sed causam bonorum; *l. 52. §. 1 eod.* id est, certæ rei præstationem cum translatione dominii aut juris usucapiendi, *l. 80. §. hoc t. l. 3. l. 11 § 2. l. servus 30. §. 1. de act. emp.* Ponamus ergo, rem aliquam mihi pure vendi ante esse, hic dubium non est, quin jam ipsam rem quam emi petere à venditore possim, & vel confestim, vel etiamnum post moram: ex quo porro efficitur, etiam judicem in eamdem rem venditorem victum condemnare debere, non in æstimationem, ut sententia sit conformis libello; juxta *l. ult. C. de fid. ic. libert.* At ex mera faciendi obligatione nec statim agi potest, neque ad facti præstationem licet post moram; sed in id solùm quod interest, quamvis promissor faciendo ante litem contestatam liberetur, *l. si insulam 84. de verb. obl.* Quamobrem non minùs verè, quàm elegāter mihi scribere videtur Favius *in supplem. ad Conn. l. 7. cap. ult.* Si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur; id magis pro datione, quàm facto habendum esse; *arg. l. in conventionalib. 52. §. 1. junct. l. ubi 75. §. ult. de verb. obl.* uti ex contrario, datio ad factum ordinata pro facto magis habēda; veluti si ancilla procuratori in rem suam constituto manumittenda detur. Non obstant textus *in l. 72 pr. l. 75. §. 7. de verb. obl.* ubi fundum tradere eum aliis iisque puris factis conjungitur. Nam ex eo, quòd facta omnia in eo, conveniunt, quòd per se divisionem non recipiant; aut quòd per se nudè considerata incerta sint, non recte intuleris absolutam convenientiam. Deinde & causa consideranda: potest enim & qui commodato aut precario rogat rem sibi tradi flagitari, & à quovis possessor. Denique & retinere factum est, & tradere ex causa donationis, dotis, permutationis, &c. Secundò in eo decepti sunt contrariæ sententiæ Auctores quòd existimaverunt: obligationem, qua tenetur venditor, esse alternativam; in qua constat, electionem esse debitoris; *arg. l. contractus 17 C. de fid. instr.* Nam obligatio venditoris non est alternativa à principio; sed successiva, ut scilicet teneatur in id, quod emptoris interest, si contractum implere, id est, rem tradere nequeat. Nam profectò si alternativa esset, & consequenter venditoris in ea electio, non peccaret, non frangeret fidem venditor, facultatem tradendi sibi adimens eamdem rem alteri vendendo. Cur igitur qui hoc facit, crimen falsi committere dicitur; *l. qui duob. 21. ad leg. Corn. de fals.* aut certè stellionatus, si non dixerit mercem liberam esse; *l. 3. §. 1. stellionat.* Planè si dolo aut frustratione venditoris fiat, quominùs res tradatur; potest emptor ultro omissa petitione rei agere, ut consequatur quod sua interest, taxandum non jurejurando actoris in litem, sed arbitratu judicis. Quò pertinet species *l. 4. C. de act. empt.* & in hanc quoque sententiam tandem concessit *Bachov. not. in par. ad Wesemb. tit. de act. empt.*

Argumentum est emptionis contractæ] Sæpè arrhæ nomine aliquid dari ab emptore solet: sed quod ita datur, datur firmandi contractus gratia; & quò faciliùs probari possit, convenisse de pretio, non quòd sine arrharum interventu emptio non perficiatur; *l. quod sæpe 35. pr. hoc tit.* Datur autem arrha vel simpliciter, ut sit argumentum dumtaxat & probatio emptionis cōtractæ, veluti si annulus detur, vel ut simul postea cedat in partem pretii data certa pecunia; *l. 11. §. is qui vina 6. de act. empt. l. ult. de leg. commiss.* Cum arrha tantùm ut symbolum data est; impleta emptione, id est, re tradita & pretio numerato, restituenda est emptori, utilisque in eam rem est actio ex empto, aut condictio sine causa, *d. l. 11. §. 6. de act. empt.* 8 eum in certa pecunia; cedit in defalcationem pretii, nihilque repetitur; sed reliqua pecunia re tradita exsolvenda est, *d. l. ult. de leg. commiss.* Utroque autem casu hoc evenit, ut si postea placuerit emptionem esse irritam, id quod arrharum nomine datum est emptor repetere possit, vel actione ex empto, vel etiam condictione sine causa; *d. l. 11. §. 6. de act. empt. junct. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc.* Et cùm ergo utroque casu, etiam arrhis intervenientibus solo communi consensu ab emptione recedi possit, apparet, datione arrharum neutrubi rem desinere esse integram; constanter enim traditum est. Solo consensu licet mutuo ab emptione & similibus contractibus recedi non posse, nisi adhuc res sit integra; *l. ab emptione 58. de pact. l. 1. & l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. §. ult. instr. quib. mod. toll. obl.* Quando igitur res integra esse desinit,

nit, ut solo consensu ab emptione recedi nequeat? Nimirum cum aliquid præstitum est eorum, quæ ex natura contractus præstari debent: ut expressum est in *dict. l. 58. de pact.* puta si vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emptor pretium aut partem pretii, *dict. l. 1. & 2. Cod. quand. lic. ab empt. disc. & dict. §. ult.*
9 *infr. quib. mod. toll. obl.* Ex quibus apparet, DD. vulgò duplici in errore versari; primùm quòd existimant; quando arrhæ dantur in nummis, qui posteà in pretium imputentur, rem non ampliùs æstimari integram; deinde quòd arrha data in argumentum contractus, res sic integra maneat, ut vel uni liceat invito altero ab emptione discedere; emptori cum amissione arrharum, venditori cum duplicatarum restitutione. Quod perquàm absurdum est, atque in certissima juris principia impingit. Sed de eo paulò post diligentiùs.

In iis autem, quæ scriptura conficiuntur] Potest contractus emptionis ex voluntate & conventione partium aliam naturam adsciscere, quàm est ea, quam ex jure communi & gentium habet, ut scilicet ad vim & constitutionem obligationis scripturam intervenire necesse sit; cùm absque tali conventione foret, ut nudo & simplici consensu perficeretur; idque non in emptione solùm sed etiam in aliis causis usu venit; *l. contractus 17. C. de fid. instr.* Quando autem id inter contrahentes actum intelligatur, diligenter observandum
10 est. Etenim in scriptis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto scriptura confecta est, (quippe solent plerumque scripturæ confici, non ut robur & substantiam ex iis contractus accipiat, sed facilioris probationis gratia, & ad futuram rei memoriam) verùm tunc demum, cum id actum est, ut non aliter contractus valeat, quàm si in scripturam redigatur. Id verò actum intelligitur; ut rectè Placentinus & Azo, non tantùm cum nominatim & expressè convenit, ut non valeret contractus, nisi in scripturam redactus esset: verùm etiam si simpliciter convenerit, ut in scriptis contraheretur; vel quod idem valet; si ab initio placuerit, contractum in scriptis fieri; nam & hic non obscurè id agitur, ut contractus non nisi scriptus valeat; neque ad hoc expressiorem conventionem requirit Justinianus in *d. l. contractus*, Consentit *Gloss. hic, Castr. in d. l. contractus, Sichard. ibid. n. 3.* Qua etiam ratione, si partes aut in ipso actu contrahendi aut paulò ante contractum petierint ut calamus afferretur, ut accerseretur notarius contrahendi & conficiendi instrumenti gratia, rem in scriptis fieri, & sine scriptura nihil actum voluisse censeri debent. Quæ sententia etiam rebus judicatis confirmata est; teste *Ant. Fab. C. suo de testibus, d. fin. 23. & de fid. instr. defin. 14.* quamquam dissentit *Salic. in d. l. contractus*, & nonnulli alii quos allegat. Et ut cautæ serviat, probare videtur *D. Dekher. lib. 2. dissert. 13. n. 3.* At verò si (quod sæpè fit) post contractum initum & conclusionem negotii instrumentum de eo confectum fuerit; scriptus potiùs, quàm in scriptis initus, contractus dicetur. Sicuti nec rectè quis dixerit, testamenta nuncupativa, quæ hodie frequentantur, per scripturam fieri, licèt plerumque scribantur; quoniam ut scribantur ad substantiam eorum non pertinet, *vid. sup. §. ult. de test. ord.* Sed etsi in contractu ineundo convenerit, ut de eo instrumentum conficeretur ne sic quidem id actum intelligi debet, ut contractus in scriptis fieret; sed potiùs ut sine scriptura initus perfectusque ad futuram dumtaxat rei memoriam describeretur. Quippè in dubio, si non appareat quid actum sit; credendum est, ad probationem potiùs, quàm ad validitatem actus scripturam intervenisse: cum actus talis est, qui sine scriptura potest subsistere; *l. 4. de pignor. l. 4. de fid. instr. leg. cum res 11. Cod. eodem*, & ibi Bald. ut jure communi magis, quàm speciali contrahentes usi videantur, *leg. Imperator 30. de reb. auctor. jud. possess. alias leg. 15. de priv. cred. Ant. Fab. d. loc. DD. comm. in dict. leg. contractus, Cod. de fid. instr. Christin. volum. 3. dec. 29. num. 15. & seq. Andr. Fachin. 2. contr. 97.*

Nisi & instrumenta emptionis] Quoties placet, negotium scriptura confici; non ante id pro perfecto habetur, quàm in scripturam redactum est, instrumentumque ejus negotii ritè confectum. Si privata sit scriptura: sufficit ad completionem instrumenti, propria contrahentium manu id perscriptum esse: modò ne quod scriptum est pro prima scheda & deletitia, in qua partes aliquid addi aut detrahi & deleri voluerint, habitum sit; tum enim ad perfectionem contractus requiritur, ut scheda illa in mundum redigatur. Quòd si instrumentum non ab ipsis contrahentibus, sed ab alia persona privata scriptum sit, id pro completo habetur, cum utriusque contrahentis subscriptione confirmatum est. Si verò instrumentum sit publicum, puta conficiendum per tabellionem sive Notarium, id non aliter completum intelligitur, neque vires ullas habet, quàm si à Notario exceptum perfectumque partibus prælectum fuerit, atque ab ipsis approbatum; *hoc text. & d. l. contractus*. De requisitis instrumenti publici, & quæ de more inseri solent, vid. *Covar. pract. q. 20. Vvesemb. parat. de fid. instr. Althus. lib. 3. c. 42. num. 13. & seq. cum ibi citatis.*

Donec aliquid deest, pœnitentiæ locus] est Cum 11
contractum in scriptis fieri placuit; scriptura ad substantiam contractus pertinere incipit: & ideò quamdiu instrumentum perfectum non est, obligatio non nascitur, & nihil dum actum intelligitur; qua de causa interim etiam pœnitentiæ locus est, licetque alterutri à negotio, quod institutum est, sine pœna discedere. Cæterum hoc ita, nisi quid arrharum nomine datum sit. Quod cum factum est, placet quidem, adhuc sine mutuo consensu recedi posse; sed emptorem consilium mutantem quod dedit amittere; venditorem ejus quod accepit duplum restituere; *d. l. contractus, C. de fid. instr. & hoc nostro text.*

12 *Sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata sit*] Id est, celebrari cœpta sit; quam esse mentem Justiniani, ex eo intelligitur, quod ante dixit pœnitentiæ locum esse, quamdiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Hoc enim ipso apertè significat: cùm contractus est perfectus, & nihil ampliùs constitutionem obligationis desideratur; pœnitentiæ locum non esse, nec posse ullo modo unum invito altero ab eo recedere. Ex ipsa Constitutione Justiniani *dict. l. contractus*, id elucet clariùs verb. *Super facienda emptione*: Item *Non procedente contractu*: Item *Qui vendere pollicitus est*. Quæ omnia manifestè ostendunt, nec arrhis datis pœnitentiæ locum esse, nisi contractu adhuc imperfecto. Putaverit autem fortè aliquis, hoc non convenire cum eo, quòd arrhæ dicuntur esse argumentum emptionis contractæ: ex eo enim sequitur; arrhas non dari, nisi contractu jam perfecto, Respond. Verum est, arrhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari solere: cæterum nihil prohibet, quominùs & ante contractum dentur super facienda emptione ei, qui vendere pollicitus est quæ sunt verba *d. l. contractus*. Et in ipso actu contrahendi, quamdiu adhuc contractui aliquid deest, ut est in hoc text. Neque id tantùm cùm in scriptis res geritur; verùm etiam cùm sine scriptis: Neque enim statim inter partes de pretio convenit. Accessionum quoque & finium definitio sæpè tractum temporis habet: & interim aliquid arrhæ nomine dari potest ab eo, qui de re emenda tractare cœpit, ne quis alius facile

13 prævertat. Concedunt omnes: Si sine arrhis emptio celebrata sit; recedi à negotio sine communi consensu non posse: cæterum si arrhæ intervenerint; putant plerique; etiam tunc locum pœnitentiæ dari, cùm contractus jam perfectus est, & posse adhuc ab eo discedi hac conditione, si emptor discedere volens arrhas relinquat: venditor recedens reddat duplicatas. Quod minimè ferendum est Quid enim certius hac juris sententia: Obligationi semel constitutæ renuntiare invito adversario non licere? *l. 5. C. de obl. & act.* Atque hoc vel maximè valet in contractu emptionis & venditionis; *l. ab emptione 58. de pact. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disc.* usque adeò ut constitutum sit: Nec ex rescripto Principis ab emptione jure perfecta recedi posse; *l. 3. cod. de resc. vend.* Non mutat hanc sententiam arrharum post contractum perfectum interventus, sed magis firmat: quoniam arrhæ non dantur infirmandæ emptionis causa, sed confirmandæ; dantur enim tunc in hoc, ut sint argumentum emptionis jam contractæ; *hoc text. & l. quod sæpè 35. eod.* Jam verò absurdissimum est, id quod ad confirmationem contractus datur, ad eversionem ejus flecti: & omninò falsum est, quod pro defensione contrariæ sententiæ affertur, datione arrharum hoc tacitè agi intelligi, ut liceat alterutri ab emptione contracta recedere cum jactura arrharum aut duplicatarum restitutione. Neque Interpretis est, hujusmodi tacita pacta sine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere. Non obstat, quòd is, qui nominatim in rem aliqua sibi cavet, aliis beneficiis & remediis renuntiare videtur; per *leg. & habes 15. §. 3. de precar. l. ult. C. de pact. conv. tam sup. dot.* Id enim tunc obtinet, quando quis sua cautione sibi prospexit de re aliqua, in qua illi prospicitur jure sine cautione privata; ut ostendunt exempla prædd. ll. Locum autem non habet in pluribus cautionibus, quibus quis sibi privatim prospicit. Hoc enim cùm fit; posterior cautio præcedentem obligationem magis confirmat; *l. 4. §. si ex conventione, de re jud, leg. prædia 28. de act. empt.* Et sic etiam fit in proposito; nam qui emit, privata cautione sibi parat actionem ex empto; ac proinde nova cautione arrharum non debet videri à priore obligatione recessisse, sed eam magis voluisse confirmare. Hanc sententiam non obscurè probant *Ioan. Fab. hic, Cyn. & Bart. in dict. l. contractus*, certiùs confirmant *Oldendorp. class. 4. tract. 2. Vvesemb. par. nu. 9. Don. ad d. l. contractus, num. 12. & seqq. Diod. Tulden. ad tit. C. quand. lic. ab empt. disc. num. 2. Christin. vol. 3. dec. 70. num. 2.* & consuetudine receptam testatur Butius ad *l. 35. in fin. hoc tit.* in Gallia tamen contraria obtinet, teste Pacio in *d. l. contractus, num. 12.*

Qui recusat adimplere contractum] Id est, qui recusat institutam emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ; quod ex iis, quæ præcedunt, perspicuum est. *Adimplere* igitur hic positum pro *Perficere*; ut co ... *Perficere contractum*, dixit pro *Implere*, *d. leg. contractus*, circa medium. Cæterum cum proprie & distinctè loqui volumus; emptionem perfici dicimus solo consensu in mercem & pretium impleri harum rerum præstatione. Illud simplicem perfectionem & constitutionem obligationis significat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretii, & rei venditæ traditionem.

TEXTUS,

De pretio certo vel incerto vel in arbitrium alienum collato.

I. *Pretium autem constitui oportet; nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioqui si inter aliquos ita convenerit, uti quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta; inter Veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio:* Quanti ille æstimaverit; *sub hac conditione staret contractus: ut siquidem ille, qui nominatus est, pretium definierit; tunc omnimodò secundum ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & ven-*

venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione; venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire; tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cum in venditionibus nobis placuerit; non est absurdum in locationibus & in conductionibus tradere.

NOTÆ.

1. *Nulla emptio sine pretio*] *L.5.§.1.h.t.* quemadmodum nec sine re, quæ veneat; *l. 8.eod.* Itaque non valet emptio donationis causâ contracta; *l. 36. & 38. eod.* nec cum dicis causâ & *ἀφοσιώσεως* res venditur uno nummo: quæ non vera, sed imaginaria venditio est, *l. 55. eod.* & donationis instar inducit; *l.46.locat.l.3.& 9. C.h.t.* Denique nummus unus pretium non est; *l.10. §. ult. de acq. poss.* emptionis autem substantia consistit ex pretio; *l.72. hoc tit.*

Certum esse pretium] Vel simpliciter, vel de quo constet saltem per relationem ad certam quantitatem; veluti si ita dicat emptor; *Quanti tu emisti*, vel *quantum pretii in arca habeo*, *l.7. §. pen. & ult. eod.* Illâ autem emptio imperfecta est, cum emere volenti venditor dicit: *Quanti postea æstimabitur*, aut *Quanti tu æquum putaveris* *l. 35. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Emptionis substantiam ex pretio consistere: & quid inde.*
2 *Pretium certum constitui oportere, & quando id constitutum intelligatur.*
3 *Emptionem non contrahi, cum definitio pretii generaliter alieno arbitrio permissa est, secus si arbitrio certæ personæ.*
4 *Quod si res vendita sit eo pretio, quod duo periti à partibus eligendi constituunt.*
5 *Arbitratoris manifestam iniquitatem corrigi posse officio judicis.*
6 *Explicatur l. in lege 24. in pr. locat. & alia quædam observatu digna notantur.*

1 QUemadmodum sine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur; *l.8.h.t.* ita nec sine pretio, quod vicissim præstetur, emptio esse potest *l. 2. §. 1. eod.l. 1. de rer. perm. l. pacta conventa 71. hoc tit.* ubi Papinianus ait: *Emptionis substantiam consistere ex pretio.* Itaque non valet emptio, quæ donationis causâ contrahitur; *l. cum in venditione 36. l. si quis 38. eod.* aut cum dicis causâ prætextu pretii quæsito, res venditur uno nummo: *l. si quis 46. locat.* quæ non vera, sed imaginaria venditio est; *l. nuda 55. dict. l. si quis 38. hoc tit. leg. imaginaria 16. de reg. jur.* Planè si non id actum sit, ut totum pretium condonetur, sed res viliore pretio; licet donationis causa, vendita fuerit; placet valere venditionem, extra quam si hujusmodi venditio facta sit inter virum & uxorem; *d. l. 38.* In pretio duo desiderantur, unum, ut id certum sit; alterum; ut constituatur in pecunia numerata. De priore tractatur hoc §. de posteriore §. seq.

Certum esse pretium debet] Quamdiu pretium incertum atque indefinitum est, emptio imperfecta censetur, nec ulla nascitur obligatio. Itaque si emere volenti venditor sic dicat: *Habebis rem emptam, quanti postea æstimabitur*; nihil adhuc actum intelligitur. Enimverò si traditio secuta sit, volunt DD. comm. inde resultare contractum innominatum quam sententiam probat Fachin. *2. controv. 1. Bus. in l. 1. de rer. permut.* contra Pinell. *part. 2. rubr. de resc. vend. Gomez 2. res. 2. num. 9.* Quod ego in medio relinquo. Certum duobus modis dicitur, vel simpliciter, cum ab initio certa quantitas exprimitur; vel de quo constat per relationem ad rem certam: veluti si ita dicat venditor: *Quanti tu emisti*, *Quantum pretii in arca habeo*. Nam licèt hic pretium in præsentia occultum sit, & apud contrahentes incertum; re tamen ipsâ & in veritate certum definitumque est, *l. 7. §. ult. hoc tit.* Benè Justinianus *Quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licèt apud nos incerta sint, §. pen. sup. de verb. obl.* Quid ergo si venditor sic dixerit: *Res tibi erit empta justo pretio*, aut *Eo pretio, quod justum declarabitur?* Adhuc imperfectum negotium videtur: quoniam & justi pretii modus incertus est: quippè quod constitui non potest nisi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus unâ & æquabili forma non continetur. Ita post DD. comm. Pinell. *d. p. 2. num. 19. & seq. Gomez d. loc. num. 9. Surd. dec. Mant. 82. nu. 14. Fach. 2. contr. 1.* Assentior autem Surdo *d. dec. in fin.* & D. Tuld. *comm. hic, cap. 4.* qui venditionem justo pretio factam valere existimant in iis mercibus, quibus publicè pretium constitutum est; ut sæpè panis; vini, frumenti, carnium aliarumque rerum ad victum quotidianum pertinentium pretium Magistratus definit. Hoc enim casu partes per justum pretium non aliud, quàm illud ipsum, quod publicè determinatum est, intellexisse videri possunt. Constat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id, quod certum est. Et hinc infert Gomez *dict. loc.* Valere venditionem vini, olei, tritici & similium rerum factam eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico tali die vel tempore.

Inter Veteres dubitabatur] Dubitatum olim fuit, an valeret emptio definitione pretii collata in arbitrium alterius. Quidam id affirmabant; 3
quasi res omnis in arbitrium boni viri rejecta censeri deberet: nec incertum videri, cujus definitio pendeat à tali arbitrio, quod uno & perpetuo tenore constat. Alii id negavere, hoc fortè argumento nixi: quòd pretia rerum æstimatione communi non ex affectu singulorum funguntur; *l. pretia 63. ad l. Falc.* Fuere denique qui

distinguendum existimabant; utrùm electum esset arbitrium boni viri simpliciter, an verò nominatim arbitrium certæ personæ. Hanc quæstionem Justin. *hoc §. & l. ult. C. eod.* ita decidit: Si definitio pretii collata sit in arbitrium certæ personæ, puta hoc modo: *Fundus ille tibi emptus est, quanti Titius æstimaverit*; hac conditione staret emptio, si persona nominata pretium definiret. Quòd si ille, qui nominatus est, vel noluerit pretium definire, vel non potuerit, fortè jam mortuus; tùm emptio nulla si quasi nullo pretio constituto. Illud autem semper constitit, in arbitrium unius ex contrahentibus definitionem pretii frustra conferri; *l. quod sæpè 35. §. 1. hoc tit.* ne scilicet in potestate ementis aut vendentis sit, utrùm debeant, an non debeant; *l. 7. in pr. eod. l. 13. Cod. eod. l. 2. § 3. quod cert. loc.* Pinell. *dict. part. 2. cap. 1. num. 6.* Gomez *d. resf. cap. 2. num. 19.*

4 *Quanti ille æstimaverit*] Arbitrator scilicet nominatim electus: nam si pretium alieno arbitrio generaliter permissum sit; placet, emptionem non contrahi uti nec locationem, mercede in alienum arbitrium indefinitè collata; *l. si merces 25. princ. locat.* veluti: *Fundus tibi emptus est, quanti alii æstimabunt*, aut *Quanti vir bonus æquum putaverit*, non facta relatione ad judicem vel certam personam; *arg. d. l. ult. C. hoc tit.* Pinell. *d. l. n. 5.* Quid verò si emptio spectata proponatur eo pretio, quantum constituent duo periti eligendi, alter ab emptore, alter à venditore? Consequens est superioribus ut dicamus; emptionem non valere; quoniam ne hic quidem certa persona designatur: adeòque eadem hic incertitudo est, quam habet designatio justi pretii, vel pretii in arbitrium boni viri collatio; nam & hæc sic interpretaremur, ut eligeretur aliquis, qui neutri improbaretur; aut ut quisque eligeret unum, qui pretium statueret aut justi pretii modum. Quin fieri etiam potest, ut ipsi contrahentes circa electionem peritorum dissentiant: neque enim hæc peritia certum usque habet tenorem. Non obstat *l. 16. §. ult. de pign.* Nam ibi negotium subsistit ex pacto pignoris. Ita pro Pinello *d. loc. num. 6.* contra Fachinæum *1. contr. 1.* & sententiam communem disputat D. Tuldenus *comm. hoc cap. 5.* Communis tamen sententia in foro obtinet, ac consuetudine hujus sæculi potissimùm inter mercatores viget; D. Paul. Bus. *in l. 1. nu. 8. de rer. perm.*

5 . *Omnimodò secundùm ejus æstimationem*] Hoc idem expressum est in ipsa constitutione Justiniani *l. ult. C. hoc tit.* Ergo etiamsi Titius arbitrator multò pluris aut minoris rem æstimaverit, quàm valet; dicendum est, valere contractum. Sanè si arbitrium Titii tam pravum est, ut manifesta ejus iniquitas appareat; consentiens ferè omnium opinio est, arbitrio boni viri iniquitatem corrigi posse. Quod sic accipiendum est, corrigi posse, non remedio aliquo restitutorio, sed officio judicis, quod actioni bonæ fidei subservit, exemplo societatis. Ut enim si partibus societatis definiendis arbiter electus partes manifestè iniquas constituerit, iniquitas arbitri per judicem corrigitur; instituta actione pro socio; *l. in propositi. 78. & seq. pro soc.* ita quoque si pretio declarando sumptus in contractu emptionis, apertè iniquum & nimis magnum definierit, & venditor illud petat, poterit judex ostensa iniquitate ex officio id moderari, propter clausulam ex bona fide. Ita *DD. comm. hic, & in d. l. ult. C. eodem.* Quæ sententia cùm sit æquitati planè consentanea; utique civiliter accipi oportet, quod hic ait Justinianus; Omnimodò secundùm æstimationem arbitratoris pretium solvendum esse; ut scilicet his verbis non excludatur officium judicis in corrigenda manifesta iniquitate, etiamsi ea dimidium justi pretii non excedat: nam ad eam, quæ excedit, rescindendam speciale remedium competit; *l. 2. C. de resc. vend.* Inter quæ hoc interest, quòd officium judicis locum non habet, nisi cum re adhuc integra agitur ex empto aut vendito ad implendum contractum: nam si juxta factam æstimationem res tradita sit & pretium solutum; officio judicis corrigi iniquitas non potest. Quòd si ultra dimidium justi pretii alteruter læsus sit, hìc locus est remedio rescissorio, *d. l. 2. Cod. de resc. vend. add. Bachov. comm. hic, & D. Tuld. cap. 9.*

Pro nihilo esse venditionem] Igitur in proposito non recurritur ad arbitrium alterius, tamquam electum sit arbitrium boni viri. Idque etiam ante Justinianum in partibus societatis definiendis obtinuisse constat; *l. si coita 75. pro soc.* Quin etiam Ulpianus generaliter respondet: Non esse recedendum à persona ejus, cujus arbitrium insertum est; *l. si quis 43. de verb. obl.* Neque hic obstat, quod scriptum est *l. in lege 24. pr. locat.* si 6
in lege locationis comprehensum sit, ut alterius arbitratu opus approbetur boni viri arbitrium comprehensum videri. Nam istis non contractus aut substantialis aliqua pars contractus in arbitrium alterius confertur; sed mercede pro opera constituta, & sic contractu jam perfecto, accidentale aliquid, nimirum qualitas seu approbatio operis, quod redemptor faciendum conduxit, in hujusmodi specie id actum meritò intelligitur, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit, ne alteri injuria fiat: & hoc bona fides exigit. Pari de causa si quid accidentale (nam essentialia non possunt) arbitrio alterutrius è contrahentibus permissum sit; placet in viri boni arbitrium id collatum videri, ut actus sustineatur; qui frustraneus foret, si persona contrahentis tantùm comprehensa intelligeretur; quippe in cujus potestate sit, non arbitrari, *leg. 7. pr. hoc tit. d. leg. 24. locat.* In testamentis, quibus voluntates pleniùs interpretamur; *l. 12. de reg. jur.* hoc perpetuum est; ut legatum in alterius arbitrium collatum, in boni viri arbitrium collatum intelligatur; & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper utile sit; *l. 1. de leg. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat.*

Et

Et in locationibus] *D. l. ult. C. hoc tit.* Verba pene integra Constitutionis Justiniani, quæ & hoc §. repetuntur, ad Gajum in *l. merces 25. princ. locat.* appinxit Tribonianus.

TEXTUS.

In quibus pretium consistat. Differentia emptionis & permutationis.

2. *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium esse posset; valde quærebatur veluti, an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium esse possit. Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant, pretium posse consistere; unde illud, quod vulgò dicebatur: Permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi; eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse. Argumentoque utebantur Græco Poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait, permutatis quibusdam rebus, his verbis:*

Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο παρέσταν οἶνον ἄγουσαι.
Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσι.
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Hoc est,

Advecta è Lemno tunc vina fuere carinis.
Inde capillati sibi vina parare Pelasgi;
Æremicante alii, nitido pars altera ferro,
Pars bubulis tergis, ipsis plerique juventis,
Pars quoque mancipiis.

Diversæ scholæ Auctores contra sentiebant; aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse; nam utramque videri, & venisse & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis, Permutationem propriam esse speciem contractus à venditione separatam, meritò prævaluit: cum & aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur. Quod & anteriores Divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latius significatur.

NOTÆ.

2. *Permutatione rerum emptionem contrahi*] Permutatio instar obtinet emptionis. Unde in ædilitio edicto cum permutatum est; uterque & venditoris & emptoris loco habetur; *l. 19. §. pen. de edil. edict.*

Vinnius in Institut.

Non posse rem expediri] Id est, non posse intelligi aut discerni, &c. *dict. l. 1. §. 1. l. 1. princ. de rerum permut.* addit Paulus & duo alia: Quòd venditor non cogitur rem emptoris facere, sed evictionis tantùm nomine obligatur; in permutatione autem utrinque res accipientis fieri debet. Item: Quòd emptio nuda consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet; *dict. l. 1. pr. §. 2. & 3.*

Aliis Homericis versibus] Quos vide apud Paul. *d. l. 1. §. 1. h. t.* & Theoph. hic. Excipi tamen hic posset; Poetam, dum metro servit, verborum proprietatem insuper habuisse.

Anteriores D. Principes] Diocletianus & Maximianus; *l. pen. C. de rer. perm.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa dispositionis Pauli in l. 1. hoc tit.*
2 *Pretium in alia re, quàm pecunia numerata consisti non posse ex sententia Proculi.*
3 *Excutiuntur argumenta, quibus Sabinus probare conatus est, permutatione rerum emptionem contrahi.*
4 *Usum pecuniæ signatæ perantiquum esse.*
5 *Quibus & quàm validis rationibus Proculus demonstrarit, emptionem & permutationem planè diversa esse.*
6 *Defenditur Sabini & Cassii sententia.*

Antiquissima ratio commutandi inutilia cum utilibus & comparandi res necessarias permutatio fuit; quæ cum duo hæc incommoda haberet, unum, quod non semper concurrebat, 1 ut quod alter haberet, alter desideraret; alterum: quod etsi concurreret, inæqualis tamen rerum esset æstimatio; invento tandem nummo quo res cæteræ æstimarentur, & qui mensura esset omnium, his difficultatibus occursum est, cœperuntque homines res sibi necessarias comparare, pretio earum in nummis seu pecunia numerata vicissim dato: quod genus commercii emptio & venditio appellatur, & secundùm Nervæ ac Proculi sententiam à permutatione multum distat. Hæc summa est disputationis Pauli in *l. 1. hoc tit. & hujus loci*.

In numerata pecunia] Alterum, quod in prætio desideratur, est: ut illud consistat in nummis seu numerata & signata pecunia. In aliis rebus 2 pretium non posse consistere, nec rebus utrinque intervenientibus emptionem fieri, ex sententia Nervæ & Proculi pridem placuit *hoc text. leg. 1. §. 1. eod. l. 1. de rerum permut. leg. 9. Cod. hoc tit. leg. pen. Cod. de rer. permut.* Enim verò si pretium ab initio in pecunia numerata constitutum fuerit; consentienti postea venditori etiam alia res in solutum dari potest, contractu non mutato *leg. 9. C. de rescind. vend.* quippe circa formam & distinctionem contractuum initium non exitum spectamus; *l. 1. §. idem Pomponius 13. depos.*

Sabinus & Cassius etiam in alia re] Sabinus &

 Cassius

Cassius putabant: non tantùm in pecunia numerata, verùm etiam in quavis alia re pretium consistere posse, rerumque permutatione emptionem quoque & venditionem contrahi. Utebantur ad confirmationem sententiæ suæ hoc argu-
3 mento. Si emptio & venditio jam tum in usu erat, cùm nondum esset nummus; nihil obstat quominùs & post repertos nummos sine iis consistat, &c. Assumptionem probabant auctoritate Homeri, qui *lib. 7. Iliad.* refert, Græcos vinum ex Lemno advectum sibi comparasse ære, ferro, tergoribus, bobus, mancipiis, utens verbo οἰνίζοντο, quod est *Vinum emere, mercari*. Alium locum ejusdem Poetæ, & qui magis pro hac sententia facit. Paulus *l. 1. §. 1. hoc tit.* subministrat ex libro 1. *Odyss. circa fin.*

Τὴν ποτε Λαέρτης πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.

id est, *Quam* (Euricleam ancillam) *olim Laertes emerat possessionibus suis*. Nerva verò & Proculus contra disputabant: Pretium non nisi in nummis posse consistere, contractumque emptionis & venditionis à permutatione multum differre; quibus etiam cæteri ferè assenserunt: argumenta eorum mox videbimus. Illud Sabini & Cassii ex Homero non putabant esse magni ponderis, Nam verbum οἰνίζοντο esse ambiguum, quod pro subjecta materia & ad permutationem & ad emptionem accomodari possit: & idcò apud Poetam *d. loc.* ad permutationem potiùs quàm ad emptionem referendum; quod etiam Paulus notat *d. l. 1. §. 1. hoc tit.* Illa quidem,

πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.

Sabini opinionem magis juvant: nam verbum πρίασθαι proprietate & vi sua non potest ad alium contractum, quàm ad emptionem referri: & tamen emptio ista sine nummis facta est; sive verba Homeri sic interpretare: *Emit possessionibus*, aut *Facultatibus suis*, id est, *De suo*, sive ut alii, *Emit & emptam præfecit facultatibus suis*: ut subaudiatur propositio ἐπὶ quoniam mox subjicit Poeta: Pretium datum esse viginti boum. Sed tamen ne hoc quidem satis esse videtur ad probandum, emptionem ibi revera contractam fuisse; quippè cum Poetæ, dum metro serviunt, verborum proprietatem sæpè negligere cogantur. Inspicienda semper est rei veritas: quam si sequimur; statuendum omninò videtur: emptionem & venditionem non esse, nisi nummi intervenerint, etiamsi dictum sit: Me fundo meo emisse fundum tuum; & ideò Plinius *lib. 13. c. 1.* ex Homero eamdem rerum permutationem referens, quæ hic memoratur, impropriè loqui credendus est, cum dicit: Græcos *vinum* emptitasse *coris boum*, &c. Illud ex antiquis historiis, adeòque ex ipsa hi-
4 storia Mosis *Genes. c. 2. & c. 42. cum aliquod seqq.* constat, usum nummi & signatæ pecuniæ antiquiorem. Plinius *l. 7. c. 56.* scribit, Liberum Patrem primum instituisse emere & vendere. Qui Liber Pater temporibus Mosis fuisse dicitur multò ante bellum Trojanum; quamquam primus nummorum auctor per Græciam celebratur Phedon Eleus, qui Homero longè recentior fuisse fertur; *Strabo lib. 8.*

Diversæ scholæ auctores contra] Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant, pretium rei venditæ in alia re consistere posse, quàm in pecunia numerata; dicebantque: emptionem & venditionem diversam esse speciem contractus à permutatione. Sic verò illi argumentabantur. In contractu emptionis & venditionis hæc perpe- 5
tuò distincta esse oportet; pretium, & mercem: sicut enim aliud est emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor; ita & aliud pretium, aliud mercem esse. At in permutatione uti discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit: ita nec utra res videatur venisse, u ra pretii nomine data. Rationem autem non pati, ut dicamus; utramque & veniisse & pretii nomine datam; *l. 1. §. 1. in fin. hoc tit. l. 1. de rer. perm.* Atque hæc Proculi & Nervæ sententia tandem obtinuit, & Constitutionibus Principum comprobata est; *l. pen. Cod. de rerum perm.* Paulus *in d. l. 1. de rer. perm.* duas alias inter emptionem & permutationem differentias notat. 1. Quòd venditor non cogitur rem emptoris facere; sed sufficit ei ob evictionem se obligare, possessionem tradere & purgari de dolo malo: itaque si evicta res non sit: nihil venditorem debere. At in permutatione utrinque rem accipientis fieri debere; ideòque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem; *d. l. 1. pr. junct. §. 3.* 2. Quòd in emptione ex nuda consentientium voluntate obligatio nascitur; in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet; *§. 2. ejusd. l. congruit l. 3. C. rod.* sed utrumque hoc est à civili jure Romanorum.

Aliis Homericis versibus] Puto, eos versus significari, quos Paul. *l. 1. §. 1. h. t.* citat ex *l. 6. Iliad.* ubi Poeta refert: Glaucum centum boum arma aurea permutasse cum æris Diomedis armis novem boum. Quo loco utitur verbo ἀμείβω, quod est proprium permutationis. Eosdemque versus in hanc sententiam etiam Theophilus citat. Sed profectò parum in utramque partem valere debet auctoritas Poetæ, quem dici potest, dum metro servire cogitur, verborum proprietatem insuper habuisse.

Validioribus rationibus] Validissimum illud argumentum est. Quòd in contractu emptionis res & pretium distincta esse debent; quod nec Sabinus negabat: & tamen necessariò inde sequi videtur, pro re non posse aliam rem ut pretium dari, sed opus esse pecunia signata; alioqui emptionem non esse, sed alium contractum. Atque hæc quidem ita pro Paulo Proculique & Nervæ sen- 6
tentia speciosè disputantur. Cæterum si quod res est fateri, & liberè philosophari volumus, verior est illa Sabini & Cassii, qui rebus etiam invicem permutatis ritè venditionem perfici dixerunt; eamque esse antiquissimam emptionis & venditionis speciem, quæ permutatione rerum contraheretur. Nam & in antiquis permutationibus, quantùmvis citra nummum fierent, utique venditor

tor ab emptore; pretium à merce distinguebatur atque hoc tum ex rebus ipsis quæ dabantur, tum ex animo & proposito contrahentium intelligi poterat. Qui animo rei suæ distrahendæ permutabat; erat venditor: alienæ habendæ, emptor. Æs, ferrum, aurum, argentum rude ipro pretio erant: sed & per boves quoque rarum æstimatio fiebat. Ita apud Homerum vinum, quod è Lemno in castra Acheorum advehebatur, merx erat; qui advehebant venditores; Achæi autem emptores: pretium, quo vinum sibi comparabant, æs, ferrum, bubulæ pelles boves, &c. Didymus in Homer. ... Laertes emptor Euricleæ, pretium viginti boves. Idem Poeta arma Glauci & Diomedis pretio æstimans dicit; illum ... hunc ... habuisse. Quòd si negamus, permutationem Veteribus usitatam venditionis & emptionis nomine appellandam; cur hæc omnia in suis permutationibus distinctis nominibus agnoscunt emptorem, venditorem: mercem; pretium; ... An nulla, tunc temporis mercatura, nullæ res venales, nulli emptores aut venditores fuerunt? Et cur non loco pecuniæ signatæ res alia, puta æris, argenti aut ferri rudis massa aut quid aliud, quod in ... detur pretio fundi queat, licèt ex nummi usu certiùs hæc distincta? Est tamen species aliqua permutationis Veteribus etiam nota ab emptione & venditione planè diversa, & in qua nullo modo discerni potest, uter emptor, uter venditor sit, utrum pretium, utrum merx: nimirum ubi quis non animo vendendi rem suam cum altero permutat: qui nec ipse rem alienam emptam velit; sed cùm ita inciderit, ut huic res alterius, illius alteri placeat: si de commutando invicem convenerint, veluti si arma cum armis, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo fortè commutentur: quod genus permutationis Græcis propriè ...; Gallis *troc*, Batavis *reuelling*, appellatur; quibus verbis emptionis & venditionis nomina minimè conveniunt. Fusiùs in hanc sententiam differit doctissimus Salmasius *lib. de usur. c.* 13. & tanto judice in hanc quæstione vincit Schola Cassii & Sabini.

TEXTUS.

De periculo, & commodo rei venditæ.

3. *Cùm autem emptio & venditio contracta sit, (quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte emptori læsus fuerit: aut ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio consumpta fuerint: aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longè minor aut deterior esse cœperit; emptoris damnum est, cui necesse est, licèt rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit; ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quòd si fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit: ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit; animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sanè enim si susceperit; ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus est. Idem & in cæteris animalibus cæterisque rebus intelligimus. Utique tamen venditionem rei & condictionem exhibere debebit emptori: quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti, & de damni injuria actione.*

NOTÆ.

3. *Cum sine scriptura*] Et purè: nam si sub conditione; non ante emptio perficitur, quàm conditio impleta sit: & ideò interim periculum venditorem respicit; *l.* 7. *h. t. l.* 8. *de per. com. rei vend.* cui respectu periculi similis venditio vini, olei &c. pretio in singulas amphoras aut metretas constituto; *l.* 35. *§.* 5. *h. t.*

Periculum rei venditæ] Id est, certæ speciei. Aliud est, si quis v. c. vendiderit decem boves in genere; nam genus perire non potest; *l.* 11. *C. si cert. pet.*

Emptori tradita non sit] Dummodò culpa aut mora venditionis non intercesserit; *l.* 23. *l.* 91. *§.* 3. *de verb. obl.*

Emptoris damnum est] Sententia constanter à Veteribus tradita; *l.* 7. & 8 *de per. & comm. l.* 35. *§.* 4. *h. t. l.* 5. *§. ult. de resc. vend. l.* 1. 4. *pen. & ult. Cod. h. t. cum simil.* Non obstat, quòd venditor rei nondum traditæ adhuc dominus sit: res autem dicatur perire suo domino: *l.* 9. *Cod. de pign. act.* Hoc enim verum est, nisi dominus rei idem sit & debitor ejusdem; ut in proposito venditor: qui ob id communi jure omnium debitorum certæ rei utitur; *l.* 23. *de verb. obl.*

Sine dolo & culpa] Emptio & venditio est contractus, in quo utriusque utilitas versatur. Itaque ex natura horum contractuum venditor non nisi dolum & culpam præstat; *l.* 5. *§.* 2. *commod.*

Nam & commodum] L. 10. *de reg. jur. l.* 7. *de per. & comm. l.* 5. *C. eod.* & iterum vice versa: quia commodum omne ad emptorem pertinet: etiam incommodum ferre debet.

Damni injuria] Ex lege Aquilia; *v. inf. lib.* 4. *tit.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Summa juris constituti de periculo & commodo rei vendita.*
2 *Quando emptio perfecta intelligatur: ex quo de periculo & commodo statuendum.*
3 *Periculi nomine plerumque quidem etiam casum fortuitum intelligi, sed non semper.*
4 *Quid si res vendita, qua pondere, numero, mensura constat.*
5 *Quid si vinum, quod veniit, degustatum sit, nondum admensum.*
6 *Conventione naturam contractus immutari posse & quid si culpa aut mora venditoris intervenerit.*
7 *Auctoritates & rationes, quibus evincitur, rei vendita periculum statim ad emptorem pertinere.*
8 *Occurritur argumentis Auctorum contraria sententia, & explicatur l. 33. locat.*
9 *Quid juris apud nos Constitutione Caroli Quinti 1529.*
10 *Venditorem levis duntaxat culpa non etiam levissima nomine teneri, nisi custodiam rei in se susceperit.*
11 *Cur vendicatio rei & catera actiones hic memorata ante traditionem emptori non competant, sed à venditore ei prastanda.*

INtroducitur hoc loco quæstio de periculo &
1 commodo rei venditæ & nondum traditæ; ad utrum interim utrumque pertineat, ad venditorem, an ad emptorem. Quæstio insignis, & quæ separatim propriis *tit. in Pand. & C.* explicari meruit. Summa juris de hac specie constituti hæc est: Placet, simul atque emptio perfecta est, licèt res nondum tradita sit, omne commodum & vicissim omne periculum atque incommodum rei, quod sine facto venditoris contigit,
2 emptorem sequi. Sententia innumeris locis tradita; *l. 7. & 8. de per. & comm. rei vend. l. 1. l. 4. pen. & ultim. Cod. eod. l. quod sæpè 35. §. si res 4. hoc tit. l. 5. §. ultim. de resc. vend. cum similibus, & hoc text.* Quamobrem necessariò sciendum est, quando emptio perfecta censeatur: tunc enim sciemus, cujus periculum aut commodum sit. Et quidem si pura est emptio, & sine scriptura negotium geritur; statim ea perfecta intelligitur, ut de pretio convenit: si in scriptis rem geri placuit; instrumento contractus ritè confecto tunc enim obligatio constituta est, à qua fine communi consensu recedere non licet; sed hoc solùm restat, ut partes fidem contractus impleant: emptor pretium persolvat; venditor rem tradat; ad quod ille actione ex vendito; hic actione ex empto compelli potest; de quo uberiùs explicatum est in *princ. hujus tit.* Quòd si sub conditione emptio contracta sit; tunc ea perficitur, cùm impleta fuerit conditio; *l. 7. l. si quis 37. hoc tit. dict. l. 8. de peric. & commod.* Itaque ubi purè res venit, statim periculum & commodum ad emptorem respicit: ubi sub conditione; cùm conditio extiterit: nam si defecerit conditio; nulla est emptio: pendente autem conditione quod damnum aut commodum contingit, ad venditorem pertinet: ut tamen si res adhuc extet, licèt casu aliquo deterior facta; placeat, hoc damnum emptoris esse: distinctio tradita in *dict. l. 8. de peric. & commod. rei vend.* facit *l. 10. eod. l. 5. C. eod.* Qui verò periculum dicit; is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit; *l. 4. l. 11. de rebus cred. l. si gratuitam 17. §. 1. 2. pen. de præscr. verb. l. 12. cum 2. l. seqq. de peric. & commod. l. 1. Cod. de commod. l. 9. 6. de pign. act.* sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse 3
dicitur, in qua culpam præstamus, & maximè levissimam, non etiam casum improvisum; *l. 13. §. 1. de lib. caus. l. qui mercedem 44. locat. l. non ob eam 25. pro soc. l. 14. §. qualis 16. de furt. l. 1. §. sæpè 35. depos. l. 3. pr. naut. caup. stab.* & passim hæ phrases occurrunt; *Periculum custodiæ subire, periculo culpæ negligentiæ subjici, adstringi, illigari, l. un. §. quod si 4. furt. adv. nau. caup. l. tutores 12. & l. seq. de adv. tut. dict. l. 1. §. sæpè depos.* In quæstione proposita prior significatio obtinet. In rebus, quæ pondere, numero, oleo, mensura constant, veluti frumento, vino, oleo, argento; modo ea servantur, quæ in cæteris; ita ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modò ut etiamsi de pretio convenerit; non tamen aliter videatur perfecta venditio, (utique ratione periculi) quàm si admensæ, appensæ, adnumeratæ sint. Est verò in his rebus probata hæc distinctio; ut si omne vi- 4
num, vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio seu aversione venierit, idem juris sit, quod in cæteris rebus, perfectaque emptio intelligatur, statim ut de pretio convenit. Quòd si hæc non uno pretio, sed ita venierint, ut in singulas amphoras vini, in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, in singulas libras argenti, certum pretium diceretur; non priùs quantum ad periculum perfecta videatur venditio, quàm res hujusmodi adnumeratæ, admensæ, appensæve sint, quasi venditio, sub hac conditione contracta sit; textus elegans in *l. quod sæpè 35. §. in his 5. hoc tit. l. 2. C. de per. & commod. rei vend.* Ergo si quod damnum rei venditæ interea contigerit, ad venditorem non ad emptorem id pertinebit, quasi imperfecta adhuc emptione; *l. 1. de peric. & commod. d. l. 2. Cod. eod.* Quid autem dicimus, si vinum degustatum sit, sed nondum admensum? Non poterit verum esse, quod dici solet: Plenissimè videri venisse vinum, cùm fuerit degustatum, atque ex eo tempore periculum ad emptorem spectare; *d. l. 1. de peric. & commod.* Id enim tunc re- 5
ctè dicitur, cum singulatim emptæ sunt certæ vini amphoræ, perfectaque venditio est. Cui convenit, quod Paulus ait: Aliam causam esse degustandi vini, aliam metiendi; gustum enim ad id tantùm proficere, ut improbare liceat: mensuram verò non ut plus vel minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur; *l. si in emptione 34.*

§. *alia*

§. *alia causa* 5. *hoc tit.* Proinde facta etiam degustatione, cum nondum perfecta emptio est; periculum qualitatis, puta acoris, aut mucoris non minùs quàm substantiæ spectabit ad venditorem; quippè ad quem omne damnum pertinet, quod ante perfectam venditionem contingit. Planè si emptor vina degustaverit, & malè probaverit, jam tum fortè acida aut mucida; de se queri debebit; nec eo solo prætextu, quòd nondum perfecta sit emptio, ea improbari posteà poterit, quæ semel probavit, *l. si vina* 15. *de peric. & commod. vid. Gloss. & DD. in d. l. quod sæpè* §. 4. *& 5. hoc tit. & ad l. t. Pand. l. 2. Cod. de peric. & commod. rei vend. Gomez. 2. variar. resolut. cap. 3. num. 32. Afflict. decis. 280. num. 4. & decis. 399. Ant. Capyc. decis. Neap. 14.* eleganter Anton. Fab. *Cod.*
6 *suo de peric. & commod. rei vend. defin. 1. Christin. volum. 3. decis. 74.* Atque ita quidem, ut diximus, res se habet ex natura contractus. Cæterum sciendum est: naturam contractus posse immutari conventione contrahentium, atque effici: ut & damnum, quod post perfectam emptionem contingit, non ad emptorem, sed ad venditorem pertineat; & quod ante perfectam emptionem contingit, & pertineat ad emptorem, *leg. 1. l. 10 de peric. & commod. rei vend.* quippè contractus ex conventione legem accipiunt, *l. contractus 23. de reg. jur.* Præterea à regulam, secundùm quam periculum post perfectam venditionem ad emptorem respicit, non sequimur, si res perierit, aut deterior facta sit culpa venditoris: sed aliam communem omnium contractuum, in quibus utriusque utilitas versatur: ut dolum & culpam venditor præstet, *l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur.* Pertinet huc species *leg. 12. junct. l. 14. in princ. de peric. & commod.* Postremò & mora venditoris regulam mutat; facitque, ut periculo rei venditæ etiam post perfectum contractum venditor subjiciatur, *l. 4. l. ultim. Cod. eod. tit.* Sed hic vires recipit regula, si posteà iterum offerente venditore emptor moram fecerit in accipiendo, *leg. illud 17. dict. tit.* estque hoc jus commune omnium debitorum, *leg. 5. de rebus cred. leg. si ex legati 23. leg. si servum 91. §. 3. de verbor. obligation.*

Periculum rei venditæ ad emptorem statim perti-
7 *net*] Hoc constanter à Veteribus traditum est, cum omnibus illis locis, quos superiùs in hanc sententiam allegavimus; tum etiam pluribus aliis; ut *l. 10. §. 1. l. 11. de per. & commod. l. 2. §. 1. l. 4. §. idem 4. de in diem addict. l. si ea res 31. de aedi. empt. l. ultim. de cond. ca. dat. l. 15. de jur. dot. l. 11. §. planè 9. & seq. quod vi aut clam. l. solutorus 39. de solut.* efficiturque etiam his rationibus. 1. Quoniam casus fortuiti nullo bonæ fidei judicio præstantur, *l. 6. C. de pign. act.* imò in universum nullo judicio, *l. 23. de reg. jur.* 2. Quia ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, venditor non nisi dolum & culpam in re vendita præstat, *l. 5 §. 2. commod.* 3. Quia omnes debitores certæ rei liberantur, si ea res sine culpa eorum perierit, *l. si ex legati 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred. 4.* Quia ad quem pertinet commodum, is secundùm naturæ regulam & incommodum ferre debet. Atqui illud pertinet ad emptorem, 8
&c. Objicitur tamen huic sententiæ, *l. 9. C. de pign. act.* ubi Impp. consulti: Si res pignori data casu perierit, utrius id detrimentum sit, debitorisne, an creditoris; respondent. Pignus perire debitori: addita hac ratione: Quia pignus in bonis debitoris maneat; quæ ratio hanc includit sententiam: ut necesse sit rem perire ei, qui rei dominus est. Hoc autem si verum esse fatemur, eadem ratione dicendum videtur: rem venditam & nondum traditam periculo venditoris interemisse, eamque non emptori perire, sed venditori, utpotè qui rei dominus maneat usque dum tradita sit, *hoc §. in fin.* Respondeo. Malè ex *d. l. 9.* generaliter colligitur, rem semper perire suo domino; sed hoc rectè; perire suo domino, si idem dominus sit & creditor in ea re, id est, cui res ex obligatione restitui debet: uti accidit in re deposita, commodata, locata, item in re pignori data. Nam qui pignus dedit; is quidem habita ratione sortis debitor dicitur: sed in repetenda re pignorata creditor est. In his, inquam, omnibus rectè dicitur: Si res debita casu pereat, eam perire domino; nimirum quia idem est creditor qui dominus: est autem regula certi & perpetui juris; Si res debita sine culpa debitoris perierit, debitorem eo interitu liberari, *l. 5. de reb. credit. l. 23. de verb. obl.* At ex diverso: Si idem qui dominus rei est, sit & debitor ejusdem rei, puta ex causa legati, stipulationis aut venditionis; semper adversario res perit, domino nunquam: quod efficitur ex eadem regula, secundùm quam creditori res perit, etiamsi dominus non sit; debitori non perit, quamvis idem sit dominus, *dd. loc.* Unus locus Africani in *l. si fundus 33. locat.* turbavit summos viros, Cujac. *tract. 81. ad African. Borcholt. Vultejum hic*, & ut contra tot expressos textus & manifestam rationem juris putarint, & docuerint; periculum rei venditæ, usque dum tradita sit, ad venditorem pertinere. Ego verò nihil video apud Africanum, quod hanc sententiam juvet. Ait Africanus: *Si fundus venditus priùs, quàm vacuus traderetur, publicatus fuerit; tenetur venditor ex empto, ut pretium restituat.* Igitur specie illic proposita res propriè non periit; sed venditori ablata adhuc extat. Hoc autem cum evenit, tenetur venditor actiones suas emptori præstare, *l. 14. pr. de furt. & in calce hujus §.* Quòd si nullas actiones venditor habeat: aut, ut in casu *d. l. si fundus*, culpa sua inanes, ob hoc ipsum damnandus est, *l. quod sæpè §. 4. hoc tit.* utique ut pretium restituat, *d. l. si fundus.* Rectè autem DD. statuunt. In specie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris; nam ut forte injuria judicis id factum sit: tamen contraria præsumptio est, debetque hoc factum potiùs venditori nocere, adversùs quem sententia lata est, quàm emptori, *l. si per 51. de evict.* Cæterum quoniam culpa hæc non tendit directò ad impediendam traditionem; placet hactenus, saltè

tene-

teneri venditorem, ut pretium restituat, non etiam ut id præstet, si quid pluris emptoris intersit: ut fit, cum res judicio evicta est, *l. si in venditione 60. l. evicta 70. de evict.* Sed & si fundus usus publici gratia in specie Africani publicatus dicatur; nihilominus tamen æquum est, ut venditor pretium reddat; cum eo casu à fisco iterum tan-
9 tumdem accipiat. Hæc autem dispositio juris civilis circa periculum rei venditæ & necdum traditæ etiam apud nos quidem obtinet in venditione rei mobilis: sed an item rei immobilis venditæ ante traditionem coram Magistratu loci ritè factam periculum æquè ad emptorem spectet, dubitatur propter Constitutionem Caroli Quinti editam anno 1529. qua Constitutione vetatur, & pro nulla atque irrita habetur omnis alienatio rei immobilis, quæ facta non est coram judice loci, ubi res sita; aut si sint bona feudalia, coram Paribus Curiæ, *Grot. 2. introduct. cap. 5.* paucis casibus exceptis, vid. *Groenew. de ll. abrogat. ad tit. 23. lib. 3. instit.* Agitata fuit hæc quæstio incidenter apud Curiam Hollandiæ. Plerique censuere: Carolum Principem hac sua Constitutione etiam in hoc à jure communi recessisse, quòd rei immobilis venditæ periculum interim ad venditorem, non ad emptorem pertinere voluerit: quamquam Senatus nihil definivit, sed propter opinionum varietatem ampliùs deliberandum censuit, *decis. Cur. Holland. 32. Groenew. dict. tractat. ad hunc §.* memorat: Curiam posteà judicasse, nihil juri scripto in eo, de quo quæritur, per dict. Constitutionem Carolinam derogatum videri.

Commodum ejus esse debet, cujus periculum est] Secundùm naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *l. 10. de reg. jur.* proinde cùm omne incommodum rei venditæ, quod post perfectam venditionem contingit, ad emptorem pertineat; justum & æquum est, ut vicissim ex eo tempore commoda quoque rei omnia emptorem sequantur, *l. 7. de per. & comm. rei vend. l. 1. Cod. eod.* veluti si quid posteà fundo vendito accesserit per alluvionem, *hoc text. & dict. l. 7.* item fœtus pecudum, partus ancillarum, *l. 7. pen. Cod. de act. empt. l. 8. de evict.* fructus etiam jam maturi, *leg. 13. §. si fructibus 10. l. qui pendentem 25. de act. empt. l. fructus, Cod. eod.* mercedes ex operis, aut vecturis, pensiones ex locatione, *dict. l. 13. §. item 13. de act. empt. add. Don. ad l. 1. Cod. de per. & comm. rei vend. Gomez. 2. res. 2. num. 11. Covar. 1. res. & Christin. volum. 3. decis. 74.*

Quòd si fugerit homo, &c.] Non tantùm si res vendita perierit aut deterior facta sit, damnum emptoris est; verùm etiam si ex potestate venditoris exierit, ut tradere eam non possit: veluti si fugerit homo aut aliud animal, quod venit, aut res qualibet surrepta amissave fuerit. Est verò eadem hic probata distinctio, quæ in casu rei corruptæ aut peremptæ: videlicet, ut si culpa venditoris tale quid evenerit; venditoris detrimentum sit: si culpa venditor careat; emptoris, *l. quod sæpè 35. §. si res 4. h. t. l. si ea res 31. de act. empt. & hoc text.*

An custodiam ejus usque ad traditionem] In con- 10
tractibus, in quibus utriusque versatur utilitas, cujus generis est emptio venditio, præstatur dolus & culpa, *l. 5. §. 2. comm.* ac proinde etiam custodia & diligentia à venditore exigitur: non utique summa & exactissima, sed media, id est, talis, qualem vulgò bonus & frugi paterfam. rebus suis adhibet: quam si præstiterit, securus esse debet, *d. l. quod sæpè 35. §. 4. h. t.* Non obstat *l. 2. in fin. aut l. 3. de peric. & commod.* Quia ibi tractatur de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, venditis in quibus non semper nudus consensus venditionem perficit, *l. 1. §. 1. d. l. quod sæpè §. 5.* Fusiùs hoc jam ante explicuit. At enim verò speciali conventione arctiùs venditor obligari potest: puta, ut præstet etiam summam diligentiam ac custodiam majorem, quàm natura contractus desiderat, *leg. contractus 23. de reg. jur.* Quod tunc etiam agi intelligitur, cum venditor custodiam rei in se suscipit; id est, cum convenit, ut venditor custodiam præstet: alioqui nihil operaretur illa conventio, cùm, ut jam dictum est, mediocris custodia ex natura contractus etiam citra aliam conventionem præstetur. Itaque custodiam in proposito accipere debemus φυλακὴν ἀκριβεστάτην, custodiam majorem, quàm natura contractus desiderat, *fac. l. qui mercedem 40. locat.*

Si non susceperit, securus est] Suscepta rei ven- 11
ditæ custodia; nihil venditorem excusat præter casum & vim majorem: non suscepta; excusatur, si sine dolo aut culpa ejus servus fugerit, res surrepta aut amissa sit, *d. l. quod sæpè, §. 4. h. t. l. si ea res 31. de act. empt.* Intellige hactenus: ut eùm eo agi ex empto non possit, ut rem tradat; aut solvat interesse: nam ad alia adhuc tenetur, quæ sine incommodo suo præstare potest, ut mox audiemus.

Utique tamen vindicationem, &c.] Quamvis venditor, cujus dolo, aut culpa, aut in casu custodiæ susceptæ, levissima negligentia nihil factum est, re amissa aut surrepta hactenus securus sit, ut conveniri actione ex empto non possit, ut rem tradat aut præstet interesse; nihilominùs tamen tenetur, ut actiones, quas habet, emptori cedat, atque in eum transferat, *d. leg. quod sæpè 35. §. 4. hoc tit. l. si ea res de act. empt. leg. 14. pr. leg. si vendidero 80. de furt. & hic text.* ubi quatuor hujus generis actiones referuntur; vindicatio rei, condictio, actio furti, & damni injuria.

Vindicationem & condictionem] Condictionem intellige furtivam, quæ venditori datur, cum res furto ablata est. Neutra harum actionum alii competit quàm domino; ut videbimus *inf. §. 1. de act. & §. ult. de obl. quæ ex del.* Et hæc causa est, quòd emptori in proposito competere non possunt: quippè qui dominus non est; ut mox sequitur.

Adhuc ipse dominus est] Venditor rei venditæ dominium retinet usque ad traditionem, *d. l. 14.*

pr. de

pr. de furt. l. si ager 90. de rei vend. adeòque in universum ita jus est: ut non nudis pactis aut contractibus, sed traditionibus dominia rerum transferantur, *l. 20. Cod. de pact.* Quinimò si res emptori tradita sit, dominium tamen à venditore non recedit, antequàm ei satisfactum sit, *l. quod vendidi. 19. h. t. §. venditæ 41. sup. de rer. div.* ubi hoc à nobis explicatum est.

Idem est de furti & damni injuriæ actione] Non solùm condictio, re vendita ante traditionem furto ablata, venditori competit; sed etiam pœnalis actio furti: non quòd hæc actio soli domino detur; sed quia rem non emptori, sed venditori surreptam proponimus: alioqui omnibus ea actio datur, quorum interest rem salvam esse; si videlicet his ipsis surrepta sit. Et igitur cùm his solus venditor actionem furti habeat, eam quoque mandare emptori debet, *d. l. 14. pr. l. si vend. 80. de furt.* Damni injuriæ actio lege Aquilia constituta est, qua omne damnum per injuriam datum vindicatur. Hæc actio soli domino regulariter datur, & ideò venditori quoque in proposito competit, & emptori cedenda est. De damno injuria dato agitur *inf. lib. 4. tit. 3.*

TEXTUS.

De emptione conditionali.

4. *Emptio tam sub conditione quàm purè contrahi potest, Sub conditione; veluti:* Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

NOTÆ.

4. *Tam sub conditione*] *L. 7. h. t. l. 8. de per. & com. &c.* Potest & purè sic contrahi, ut sub conditione resolvatur, *l. 4. eod. l. 6. de resc. vend.* quo etiam pertinent duæ conventiones in hoc genere maximè celebratæ: quarum altera adjectio in idem, altera lex commissoria dicitur, *vid. tit. de in diem addict. & tit. de leg. commiss.*

COMMENTARIUS.

1 *Emptionem contractam sub hac conditione, Si res emptori intra certum tempus placuerit, valere: non valere indefinitè ita contractam, Si emptori placebit: & cur tam variè.*
2 *De retractu conventionali & legitimo remissivè.*
3 *In diem addictio & lex commissoria quomodò transigantur.*

Contractuum omnium hoc commune est, ut non purè tantùm, sed etiam sub conditione iniri possint. At enimverò hujusmodi conditio, *Si res intra certum diem placuerit*, non tenere in
1 ullo contractu, si venditionem exceperis, ocurrit. In venditione autem frequens est: nemo enim facile aliquam rem emit, puta servum, equum, vinum, sine probatione & exploratione qualitatis rei. Igitur cum res ita venit, ut esset empta tot aureis, si intra decem dies emptori placuerit, in mercem quidem & pretium consensum est: sed obligatio conditione suspenditur; quæ conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur: ut si intra tempus definitum res ei placuerit, emptio perfecta & obligatio constituta sit: sin minùs; nulla videatur obligatio fuisse. Itaque non est contrarium, quod placet, hujusmodi emptionem non valere, *Quanti vales*, vel, *Si placebit*, habebis emptum, *l. quod sæpè 35. h. t. l. 13. C. eod.* Ita enim totus contractus confertur in meram & liberam nulloque tempore circumscriptam voluntatem emptoris: quod fieri non potest, ne semper in potestate sit emptoris, utrùm obligetur, necne, *l. 7. h. t.* At in casu nostro arbitrium emptoris non est perpetuum, sed conclusum intra certum tempus. Adde: quod his formulis, *Quanti voles, Si placebit*, in arbitrio & voluntate emptoris ponitur ipsa substantia contractus, vel quod de substantia est: quod inutiliter fieri constat, *d. l. quod sæpè, 35. §. 1. & d. l. 13.* In casu autem, hic proposito, ubi de re & pretio jam convenit, non de substantia negotii aut parte aliqua substantiali, arbitrium emptori datur: sed de rei in conventionem deductæ qualitate dumtaxat, puta bonitate, colore, sapore, aut similibus accidentibus, quæ cum rei probatione improbationeve arbitrio contrahentium permitti possunt; Gomez *2. var. res. 2. n. 19.* Porrò ut sub conditione emptio potest contrahi; ita & purè sic contrahi potest, ut sub conditione resolvatur: cujusmodi conventionum exempla occurrunt sub *tit. de pact. int. empt. & vend.* Hujus generis conventio est, cum ea lege res emitur, ut si intra certum tempus displicuerit, liceat reddere, *l. 3. h. t. l. 6. C. de resc. vend. l. 4. C. de ædil. act.* adeòque valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat: quippè qua conventione non perfectio contractus à voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio, *l. quod si nolit 31. §. si quid*
22. de ædil. edict. Gomez d. loc. & num. in fin. Ejus- 2
dem generis est & pactum de retrovendendo, ut venditori hæredive ejus quandocumque, vel intra certum tempus pretium referenti res vendita restituatur, *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. & ibi DD.* Estque hoc pactum, seu potiùs jus eo pacto quæsitum, quod nunc vulgò retractus conventionalis dicitur; nimirum ad differentiam retractus gentilitii seu legitimi, cujus olim vix usus nunc frequens. De utroque retractu ex professo scripsit vir Jurisconsultissimus D. Andr. Tira-
quel. Legitimum nostro idiomate *Naesting* dici- 3
tur: quod jus quibus personis, in quas res, quibus in locis apud nos competat; docet *D. Grot. 3. introduct. ad jurisp. Bat. c. 16.* consule porrò *Groenew. de l. abrog. ad l. 4. C. de conv. empt. & ibi laudatos.* Duæ conventiones ex hoc genere præcipuè celebrantur, propriisque explicantur *tit. in Pand.* addictio in diem, & lex commissoria. Addictio in diem his verbis transigitur: *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res à domino abeat, l. 1.* & passim de in diem addi.

Lex

Lex commissoria est, cum quid ita venditur, ut si ad diem pretium solutum non fuerit, res sit inempta, *l.2. & pass. de leg. comm.* Utroque isto modo purè contrahitur emptio, & resolvitur sub conditione, Nisi aliud diserte placuerit, *l. 2. de in diem add. l. 1. & 2. de leg. comm.* Sed de his opulentiùs, favente Numine, tractatu proprio.

TEXTUS.

De emptione rei, quæ non est in commercio.

5. *Loca sacra, vel religiosa, item publica, (veluti forum, basilicam) frustra quis sciens emit: quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit; habebit actionem ex empto: quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

NOTÆ.

5. *Frustra quis sciens emit*] Earum rerum nulla venditio est, quas natura vel gentium jus aut civile commercio exemit, *l.34. §.1. hoc tit.* Cæterum si quis eas ignorans emit; hactenus emptio tenet, ut emptor actione ex empto consequi possit, quanti interest non esse deceptum; *l.4. l.62. §.1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quarum rerum venditio rectè fiat, aut secus.*
2 *Quid juris, si uterque aut alteruter qualitatem rei ignoraverit.*

Sine re, quæ veneat, emptio intelligi non potest, *l.8. h. t.* Res hæc ut plurimùm certa est: nonnunquam tamen & incerta, ut cum fructus futuri aut frumenta in herbis emuntur, *d. l. 8. l. fistulas 78. §. ult. eod.* cui non absimilis est quasi aleæ emptio; veluti cum captus piscium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere quod capitur emptoris commodum est, etiamsi decuplo pluris sit quàm pretium constitutum: si nihil inciderit; emptor pretium constitutum nihilominus præstare cogitur; quia spei emptio est, *d. l.8. §.1. h. t. l. si jactum 12. de*
1 *act. empt.* Omnium autem rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio rectè fit: quas verò natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum rerum nulla venditio est, *l. si in emptione* 34. §. 1. *h. t.* Ratio perspicua est: quoniam in venditione hoc agitur, ut dominium transferatur, *l. cum manu. 80. §. ult. eod.* & utique saltem ad hoc obligatur venditor, ut præster, rem habere licere, atque ut usu capiendi conditionem in emptorem transferat; quorum nihil in res commercio exemptas cadit. Est autem hic quoque locus omnium contractuum communis: nam quæ commercio exempta sunt, in obligationem non magis rectè deducuntur, quàm quæ non sunt in rerum natura, nec esse possunt, *§.2. sup. de inut. stip.*

Frustra quis sciens emit] Si uterque contrahentium qualitatem rei non ignoret: aut si solus emptor sciat rem, quæ vænit, non esse in commercio, emptio planè nulla est, *l.6. l. si in emptione 34. §.2. l. liberi 70. h. t.* Sed & talis emptio liberi hominis improbata est, *Cum servus erit*: quamvis enim res futuræ emi possunt; tamen fas non est hujusmodi casus expectari, *d. l.34. §.2. vid. sup. d. §.2. de inut. stip.* Illud quæritur: An si emptor sciverit qualitatem rei; venditor ignoraverit, pretium solutum condici possit? Bart. in *l. cum lex 46. de fidejuss.* putat condici posse, *arg. leg. 11. §. ult. de act. empt.* quod etiam placet Gomez. 2. *res. 2. num. 50.* contra *Ang. & Fabian. de Monte.* Quid juris sit, si res vendita aut pars ejus sit consumpta, puta domus vel tota vel ex parte combusta; docet Jurisconsultus in *l. domum 57. per tot. h. t.* 2

Deceptus à venditore, &c.] Si locus sacer, religiosus, publicus, aliave res, cujus commercium non est, pro profana aut privata ignoranti vendatur; placet, emptionem contrahi; *l.4. eod.* sive venditor quoque conditionem rei ignoret, sive ille sciat, emptor ignoret solus, *l. liberi 70. eod.* Cæterum explicandum hoc est ex Modestino *in l. qui officii 62. §.1. eod. & hoc text.* nimirum: in proposito non ita tenere emptionem, ut res ipsa debeatur, aut emptor possit agere ex empto, ut eam habere, tenere liceat, cùm res, quæ extra commercium est, haberi, possideri nequeat: sed hactenus tantùm, ut si venditor sciverit qualitatem rei; emptor ignorans possit adversùs venditorem ex empto experiri, ut consequatur quod sua interest, deceptum non esse: ut perinde hic ex dolo suo venditor obligetur, ac si rem, quæ in commercio sit, vendidisset, doloque fecisset, quominùs eam tradere possit; neque enim actio de dolo hic desideratur, cùm sufficiat ex empto: quippe qua, cum res ipsa præstari nequit, emptor in id quod sua interest, experiri potest, *l. 11. §. quidem ait 9. de act. empt.* Quòd si nec venditor qualitatem rei sciverit; æquum est hactenus saltem eum teneri, ut pretium quod accepit restituat; *arg. d. l. 11. §. ult. de act. empt. l. si fundus 33. locat.*

TITULUS XXV.
DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Dig. Lib. 19. Tit. 2. C. Lib. 4. Tit. 65. & Lib. 11. tit. 30.

Continuatio. Quid sit locatio, & in quibus differat ab emptione. Quotuplex sit; tum quæ res, aut facta locationem recipiant.

SEcunda species contractuum, qui solo consensu perficiuntur, est locatio-conductio. Habet hic contractus magnam affinitatem cum emptione & venditione; ac penè totus hic titulus consumitur in explicandis utriusque contractus similitudinibus & differentiis. Locatio-conductio est contractus, quo id agitur, ut pro usu alicujus rei aut opera personæ certa merces præstetur. Itaque inter emptionem & locationem hæc differentia est, & quidem principalis; quòd in emptione id agitur, ut dominium transferatur, id est, ut res tota cum omni jure ad emptorem transeat; in locatione, ut dumtaxat usus rei concedatur conductori. Ex quo porrò & altera nascitur: quòd emptio titulus perpetuus esse solet; locatio temporalis. Quinimò non dominium modò apud locatorem remanet, *l. non solet 39. hoc tit.* verùm etiam possessio, & conductor tantùm in possessione esse & rem detinere dicitur, *§. 5. infr. de interd. l. 9. de rei vend. l. 3. §. caeterum 11. l. 9. de acquir. poss.* & passim alibi. Unde constitutum est. Ut si conductor finito tempore conductionis pertinaciter recuset rem conductam restituere, moras usque ad definitivam sententiam nectens; tamquam invasor rei alienæ condemnetur & ad rem ipsam restituendam, & insuper ad præstandam rei æstimationem, *l. pen. Cod. hoc tit.* quod an praxis horum temporum observet; postcà videbimus. Ostendit definitio, duo esse genera locationis, rerum unam; alteram operarum seu factorum. Locari possunt res omnes, quæ in commercio sunt tam mobiles, quàm soli etiam incorporales, ut ususfructus & habitatio, *§. 1. & penult. sup. de usu & habit.* servitutis tamen prædii nulla locatio est, *l. locare 44. hoc tit.* Alienæ quoque rei locationem valere placet, sed hactenus ut conductori ignoranti locator obligetur in id, quod interest, si dominus conductorem frui non patiatur, *l. 7. l. ex conducto 15. §. pen. eod.* Facta non omnia locationem recipiunt, sed ea solùm; quæ mercede æstimari possunt & solent: qualia sunt, exempli causa, tabulam pingere, insulam ædificare, aliquem aliquò vehere, *l. 2. §. 2. de praescr. verbor.* At, verbi causa, servum manumittere, tale factum non est, quod mercede æstimetur: ideò si tibi decem dem, ut servum manumittas; non est locatio, *dict. l. 5. §. 2.* cui accidit, quòd contra finem hujus contractus nulla ex hoc tuo facto utilitas ad me redit: ac proinde aliud est, si rem tuam pignori pro me obligaveris certa mercede accepta aut promissa, *l. rogasti 19. §. 1. de praescr. verbor.* Opera agrimensoris beneficium reputatur: & quod rependitur, non merces, sed remuneratio & honorarium: & ideò Veteres crediderunt, cum tali persona locationem & conductionem non esse *l. 1. si mens. fals. mod. dix.* De opera Advocati, Medici, cæterisque, qui ingenio, eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem statuendum.

TEXTUS.

Collatio emptionis, & locationis. De mercedis conventione.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit; sic & locatio & conductio, ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit. Et competit locatori quidem locati actio; conductori verò conducti.

NOTÆ.

Si merces constituta] Æstimatio totius rei, quæ fit in venditione, pretium dicitur; æstimatio usus rei, quæ fit in locatione, merces. Quæ tamen & ipsa sæpè pretium appellatur, *l. 28. §. 2. l. 51. eod. l. ult. §. ult. de leg. Rhod.* Sicut autem emptio sine pretio esse non potest; ita nec locatio sine mercede, *l. 23. comm. div.*

Conductori] Conductoris nomen generale est. Ædium conductor specialiter Inquilinus; agri Colonus; operis Redemptor, vectigalis Publicanus & Manceps Veteribus dicitur.

COMMENTARIUS.

1 *Communia emptionis & locationis.*
2 *In locatione operarum diverso respectu eumdem & locatorem dici & conductorem.*
3 *Circa locationem agrorum quædam singularia apud Hollandos constituta: & an dispositio l. pen. Cod. hoc tit. in praxi hodierna servetur.*

LOcatio & conductio finitima est emptioni & venditioni, iisdemque ferè juris regulis continetur, *l. 2. h. t.* Nam ut sine re quæ veneat nulla est emptio; ita sine re aut opera quæ locetur nulla intelligitur locatio: ut emptio solo com-

communi consensu de re & pretio interveniente perficitur; ita locatio perfecta habetur, si de usu rei & mercede convenerit. Merces respondet pretio, facultas utendi rei dominio. Quemadmodum pretium rei venditæ certum esse debet saltem per relationem; ita & merces locationis. Sicut pretium emptionis in pecunia numerata consistit; ita & merces rei aut operæ conductæ. Ut nulla venditio est, quæ donationis causa fit, aut cum dicis gratia res venditur uno nummo, ita nec ulla conductio est, quæ donationis instar inducit, *l. si quis 46. h. t.* Ut illic; ita etiam hic ex bona fide omnia exquiruntur; nec dubitandum est, quin beneficio *leg. 2. C. de resc. vend.* etiam locus sit in locatione & conductione, DD. comm. *in d. l. 2.* Denique interdum propter similitudinem vix emptio & locatio internosci possunt. Quæ omnia certiùs posteà intelligemur.

Si merces constituta sit] Duplex hic indicatur convenientia locationis & conductionis cum emptione & venditione. Prima est. Quòd conveniunt causa efficiente; id est, quòd nuda de consentientium voluntate contrahuntur, nec aut literæ, aut rei alicujus præstatio ad constituendam obligationem desideratur, *l. 1. h. t.* Altera. Quòd ex parte conveniunt in materia: nam ut in emptione pretium constitui oportet, ita in locatione mercedem: inter quæ non alia differentia est, quàm quòd æstimatio totius rei, quæ fit in emptione, pretium dicitur; æstimatio usus rei, quæ in locatione fit, merces: quæ tamen quoniam nihil aliud est quàm pretium usus, & ipsa sæpè pretium appellatur, *l. quod si 28. §. 2. l. ea lege 51. §. 1. l. insulam 58. pr. h. t. l. ultim. de leg. Rhod. l. 10. in fin. de acq. poss.* In locatione rerum immobilium etiam speciale nomen habet, & pensio dicitur, *l. ex conducto 15. §. 4. l. sed addes 19. §. 1. §. si quis 6. l. quæro 54. h. t.* Utrùm autem ut pretium rei venditæ, ita & merces locationis in pecunia numerata consistere debeat, an in aliis quoque rebus consistere possit; dicam inferiùs sub §. 2. *hoc tit.*

Locatori locati actio, conductori conducti] Uti in emptione simul atque de pretio convenit, emptori actio ex empto, venditori ex vendito competit, directa utrinque; ita in locatione simul atque de mercede pro usu & opera convenit; competit locatori actio locati; conductori conducti, ambæ directæ. In contractu emptionis facilè discerni potest, uter emptor, uter venditor sit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus. In locatione rerum res certa est: nam is semper hic locator est & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem præ-
2 stat. At in locatione operarum non tam facilè id dignosci potest. Interdum enim qui operas præstat, & mercedem accipit, locator dicitur: is, cui præstantur operæ, & qui mercedem dat, conductor, *l. sed addes 19. §. pen. l. item si 22. §. 2. leg. qui operas 38. h. t. l. 1. de æstim. act.* Interdum contra: locator is dicitur, cui mercedem danti operæ præstantur; conductor, qui accepta mercede operam præstat, *l. 11. §. pen. l. 13. §. 1. 2. & 3. d. l. sed addes 19. §. si quis 7. d. l. item si 22. §. 2. l. si merces 25. § pen. & pass. h. t.* Sed dicendum est: in hac specie locationis diverso respectu eumdem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: & ex contrario, qui operam dicitur conducere; idem dicitur locare aliquid faciendum; ut conductor operis idem sit operæ locator; & locator operis idem operæ conductor: quam distinctionem subministrat *dict. l. item si 22. §. h. t. & d. l. 1. de æstim. act.* Per opus autem intelligo quemvis fructum operæ; v.c. si quis se erudiendum locet magistro: artifici, vel vehendum aurigæ. Ædium conductor specialiter inquilinus, agri Colonus; operis Redemptor; vectigalis Publicanus vel Manceps vecteribus dicitur. Apud nos locatio agrorum non 3
procedit sine interventu instrumenti aut publici aut privati; nec absque instrumento locationis ulli colono jus est agro conducto frui. Extat de ea re Constitutio Caroli Principis edita an. 1515. confirmata *art. 30. ord. polit.* Præterea scribit D. Grotius lib. 3. manduct. ad Jurisp. Bat. c. 19. Instrumento super locatione fundi non confecto, locationem non tantùm nullius esse momenti, verùm etiam colonum hæredemve ejus aut conductorem in jus vocatos & contra domini voluntatem manentes in detentione & fruitione rei, usque dum lis contestetur, præterquam quòd rem ipsam domino restituere, impensas refundere, damnum omne sarcire compelluntur, etiam multari in dimidiam partem pretii rei conductæ, quamvis posteà parati sint dominum admittere. Quòd si in detentione pertinaciter perseverent usque ad sententiam definitivam, tunc suæ quasi invasionis hanc pœnam pati; ut post restitutionem rei, damnique omnis & impensarum refusionem, in totius insuper rei æstimationem damnentur. Quæ quidem omnia etiam *art. 33. de ord. polit.* continentur. Sed in desuetudinem jam dudum abiisse; asserit *Groeneuv. de ll. abrog. ad l. pen. C. de locat.* Constitutio quoque Caroli hujus pœnæ non meminit, sed jubet, in casu proposito conductores severiter arbitrio judicis puniri aut multari, habita ratione qualitatis personæ & facti. A Zenone sanè in genere constitutum est: ut conductores, qui finito tempore conductionis contra domini voluntatem usum rei conductæ retinent, atque in jus vocati rem domino petenti ante sententiam definitivam non restituunt, cogantur præter rem ipsam etiam æstimationem rei victori domino tamquam invasores præstare. Cæterum in praxi Galliæ & supremæ Curiæ Mechliniensis hoc non observari, conductoremque hoc casu teneri dumtaxat ad damna & interesse, notat *Christin. vol. 3. dec. 109. n. 2. & dec. 118. n. 5. & seqq. & Anselmo. ad l. pen. C. de locat.* quamvis insuper cum judicis arbitrio multari possit.

TEX-

TEXTUS.

De mercede collata in arbitrium alienum.

1. *Et quæ suprà diximus. Si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed posteà tantum daturus, quantum inter eos convenerit; non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur; sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.*

NOTÆ.

1. *Fulloni polienda*] Gloss. vett. λευκᾶναι, λαμπρύνειν. Officium fullonis est polire, curare, lavare, *l.31.h.t. §.4.l.82. de furt.l.2. de cond. fin. ca. Plin.35.c.17.*

Non propriè locatio] Sed novum negotium à locatione separatum proprium nomen non habens: & ideò hic recurrendum ad actionem præscriptis verbis, *l.1.2. & 3.* junct. *l.22. de præscr. verb.*

Actio præscriptis verbis] Actio præscriptis verbis est actio civilis ex contractu innominato, *pass. d.tit.* sic dicta ex eo, quòd præscriptis verbis rem gestam demonstret, eaque demonstratione vice nominis, quo caret, utatur, *l.6. C. de transact.* ob quam causam etiam in factum appellatur, *l. 1. & pass. de præscr. verb.*

COMMENTARIUS.

1 *Actio præscriptis verbis unde dicta.*

Si alieno arbitrio pretium] Emptio & locatio in hoc quoque conveniunt; quòd uti in illa pretium; ita in hac merces in arbitrium certæ personæ, puta L. Titii, conferri potest: hoc scilicet effectu, ut si quidem Titius mercedem definiverit, contractus ratus habeatur: sin minùs, nullius momenti sit, *in l. si merces 25. h. t. l.ult. C.de contr. empt.* Huc accommodanda sunt, quæ notamus sub §.1. *præc. tit.*

Nulla statim mercede constituta] Quemadmodum ad contrahendam emptionem opus est, ut pretium statim seu initio contractus constituatur, & quidem certum saltem per relationem; ita quoque ad contrahendam locationem necesse est, ut protinus constituatur certa merces: mercede initio non constituta; quasi deficiente parte hujus contractus essentiali, in aliud negotium res incidit. Et si quidem gratis usus rei concedatur, commodatum est: si gratis suscipiatur opera; mandati obligatio: si neutrum gratis fiat, sed ea mercede, quæ posteà constituetur; contractus innominatus, *Facio ut des.* Et ideò præscriptis verbis agendum est, *l. si tibi 22. de præscr. verb. §.2. in fin. sup. quib. mod. re contr. obl. §. ult. infr. de mand.*

Actio præscriptis verbis] Ad quam confugere 1 necesse est, quoties deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina; aut contractus existunt, quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, *l.1. & 3. seqq. de præsc. verb.* Dicta est actio præscriptis verbis, ut multis doctis viris placere video, ex eo, quòd præscriptis verbis rem gestam demonstret, & eadem demonstratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & verissimum esse intelligi potest ex rescripto Alexandri; quod est in *l.6.C. de transact.* ubi Jurisconsultissimus Imperator hac ipsa circumlocutione actionem hanc describit: *Aut enim*, inquit, *stipulatio conventioni subjecta est, & ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.* Ob eamdem quoque causam hæc actio dicitur in factum, *l.1. & pass. de præscr. verb.* Et interdum plena oratione actio præscriptis verbis in factum, *l. Titius 24. d. tit.* Alia Francisci Hotomanni conjectura est.

TEXTUS.

In quibus rebus merces consistat.

2. *Præterea sicut vulgò quærebatur; an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur; ita quæri solebat de locatione & conductione, si fortè rem aliquam utendam, sive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem à te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus. Veluti si, cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit; neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio: quia non fuit commodatum gratuitum; verùm præscriptis verbis agendum est.*

NOTÆ.

2. *Placuit non esse locationem*] Quia merces non intervenit, *l.23. comm. div. l.17. §.3. de præscrip. verb.* ex quo effici videtur etiam mercedem in locatione nummariam esse debere: aliàs negotium incidere in aliud genus contractus; fac. *l.1. §.9. de pos. l.5. §.2. de præscr. verb. cum simil.* Quamquam ex communi contrahentium usu receptum: ut si res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tamquam mercede, utenda data sit; hujusmodi contractus pro locatione habeatur, *l.21. C. h. t.*

Pla-

Placuerit inter eos] Et unus à sua parte conventionem impleverit, id est, bovem suum per denos dies commodaverit: nam si conventio placiti tantùm fine steterit; nudum pactum est, ex quo jure nostro actio non datur, *leg.7.§.2.& 4.de pact. l.27. Cod. de locat. leg.3. Cod. de rerum permutat.*

Præscriptis verbis agendum] *D.l.17. §.3. de præscript. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenset Paul. *l.5. d. t. Do, ut des; Do, ut facias; Facio, ut des: Facio, ut facias*, ad postremum videtur species proposita pertinere.

COMMENTARIUS.

1 *Non magis pretium seu mercedem locationis quàm pretium emptionis in alia re consistere, quàm in pecunia numerata.*

2 *Ad l. si olei 21. C. hoc tit.*

ETiam hic locus pertinet ad ostendendam affinitatem, quæ locationi cum emptione intercedit. Quærebatur olim: An rerum permutatione emptio & venditio contraheretur; & pari de causa an mutuo rerum usu ad tempus concesso contraheretur locatio & conductio. Placuit autem, nec illic emptionem esse; quia pretium non intervenit: nec hic esse conductionem; quia non intercedit merces, *l. si convenerit 23. comm. divid. leg. si gratuitam 17. §.3. de præscript. verb.*
1 Atque omnimodo credibile est, ob eamdem rationem, ob quam illic negatur intervenire pretium, negari hic intercedere mercedem; nimirum quia nec pretium emptionis, nec merces locationis in alia re consistere potest, quàm in pecunia numerata. Id quod efficere mihi videtur pretii & mercedis similitudo atque eadem planè utriusque ratio. Utrumque enim æstimatio est; alterum rei totius; alterum temporanei usus: quæ tamen æstimatio & ipsa revera nihil aliud est quàm pretium; eoque nomine etiam frequenter à nostris appellatur, ut superiùs demonstravimus. Jam verò constat, res omnes æstimari pecunia: extra pecuniam, rem unam æstimationem aut pretium alterius non esse, ac ne fungibilem quidem; ac proinde cùm in utroque contractu aliquid æstimandum veniat; in emptione res ipsa, in locatione usus rei, ratio exigere videtur, ut non minùs in hac quàm in illa pretium nummarium intervenire oporteat; quod etiam multis auctoritatibus confirmari potest. Ulpianus in *l. si convenerit 23. comm. div.* scribit: Si inter socios convenerit, ut alternis annis fructum perciperent; locationem non esse, proptereà quòd nulla merces intercesserit. Idem in *l. 1. §. si quis 9. depos.* negat locationem esse, ubi pecunia non datur: in *l.5. §.2. de præscr. verb.* emptio & locatio in eo convenire dicuntur, quod in utroque contractu pecunia intervenit; facit huc *l. si merces 25. §. vis major 6. hoc tit. junct. leg. si apes 26. §. 1. de furt.* Quibus locis colonus partiarius opponitur colono vero, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Postremò huc faciunt loci, in quibus simpliciter pecuniæ, nummorum, pretii mentio fit. Ut in *l. quod si 28. §.2. l. si quis 46. l. si decem 52 l. insulam 58. & pass. hoc tit. l.1. in fin. mand.* Neque hoc excipere quis potest: omnibus istis locis appellatione pecuniæ res quasvis, aut certè fungibiles etiam significari: nam pecuniæ verbum in dubio numeratam & signatam pecuniam designat, *leg.7. §. 1. de senat. Maced.* Et cum rebus aliis opponitur, semper pro nummis accipitur; apparetque ex universa disputatione Jurisconsultorum, ideò eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & distinctam à contractibus innominatis naturam. Unus maximè locus est, qui Corasium *libr. 2. misc. 11.* Pinell. *ad l. 2. Cod. de resc. vend. pars. 2. rubr. cap. 3. num. 29* aliosque recentiores movit, ut putarent Mercedem locationis in quavis re consumptibili consistere posse; videlicet *l. si olei 21. Cod. hoc tit.* Sed dupliciter responderi poterit; primùm cum Salicero Proponi in *dict. l.21.* casum, quo fundus locatus est certa quantitate fructuum in eo fundo nascentium, olivetum scilicet certa ponderatione olei. Etsi autem tale negotium à natura locationis, quæ pecuniam numeratam desiderat, nonnihil recedit; tamen ex æquitate & communi contrahentium usu receptum videri; ut si res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tamquam mercede, utenda data sit; hujusmodi contractus pro locatione & conductione habeatur; & sunt, hoc genus coloni non absimiles colonis partiariis; excepto eo, quòd coloni partiarii incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvunt: & quasi societatis jus cum domino fundi habent, *l. si merces 25 §. vis major, hoc tit.* Deinde responderi potest: Vice pecuniæ seu mercedis aut pretii in pecunia constituti fructus vel aliam quantitatem ex pacto præstari posse salvo contractu, *l.9. Cod. de resc. vend. leg. sed addes 19. §.3. l. & hæc 35. in fin. hoc tit.* Atque ad ejusmodi casum *dict. l. si olei*, pertinere. Etsi enim fundus is proponitur locatus certa ponderatione olei; ex eo tamen non efficitur, necessariò mercedem initio non fuisse constitutam in pecunia numerata. Quippè non est novum, ut, quod postremum placuit, solum exprimatur quasi quod maximè spectatum fuit. Idem responsum esto, *ad l.8. & ad l. excepto 18. Cod. eod.* Ita sentiunt *Gloss. Bart. & comm. DD. in dict. l. 5. §. 2. de præscr. verb. & dict. leg. si olei, Cod. hoc tit. Gomez. 2. res. 3. num. 3. Fachin. 1. controv. 82. Christin. vol. 3. dec. 109. num. 12* ubi etiam arresto supremæ Curiæ Mechlin. hanc sententiam confirmatam refert. D. Tuldenus *comm. hic, cap. 4.* cum D. Busio *ad l. 2. hoc tit.* distinguit inter locationem operarum & rerum; quasi illic merces in pecunia tantùm; hic etiam in alia re constitui possit: quod etiam ante eos tentavit *Greg. Lopez. 1. animadvers. 15.* distinguens inter locationem fruendi & faciendi. Sed hæc distinctio duplici vitio laborat, 1. quod

1. Quòd juxta eam etiam pro mercede domus locatæ res fungibilis solvi possit. 2. Quòd pro mercede fundi locati, etiam alterius generis fructus. Et cur igitur non item pro locatis operis aliud quàm pecunia?

Sed proprium genus contractus] Si convenerit tantùm, ut res ultro citroque utendæ darentur; nudum hoc pactum est simile placito permutationis: ex cujusmodi pactis nemini jure civili actio datur. Sed ubi causa subesse cœpit, id est ubi unus à sua parte conventionem implevit, συνάλλαγμα esse incipit seu contractus, & alter efficaciter obligatur, *l. juris gentium 7. §. 2. & §. 9. de pact. l. 3. Cod. de rer. permut.* quemadmodum in proposito si unus bovem suum per denos dies secundùm conventionem ad opus faciendum concesserit. Accedit hic contractus propè ad locationem & commodatum propter usum rei, qui in his omnibus conceditur: sed tamen neque locatio est; quia merces non intervenit: neque commodatum, quia placuit mutuum usum præstari: commodatum autem debet esse gratuitum, *§. 2. in fin. sup. quib. mod. re contr. oblig.* Verùm est species contractus innominati, ex quo civilis incerti actio, id est præscriptis verbis competit, *l. si gratuitam 19. §. 3. de præscr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum quæ recenset Paulus *l. 5. de tit. Do, ut des; Do, ut facias; Facio, ut des; Facio, ut facias*; ad postremum videtur species proposita pertinere.

TEXTUS.

De Emphyteusi.

4 3. *Adeò autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio item locatio & conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat; utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio; ut ecce de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur; id est; ut quamdiu pensio sive redditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque hæredi ejus, cuive conductor hæresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter Veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur; lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: & si quidem aliquid pactum fuerit; hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus; sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum; tunc siquidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin autem particularis; ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur.*

Vinnius in Institut.

NOTÆ.

3. *Perpetuò fruenda*) Jus emphyteuticum natura sua perpetuarium est, *l. 1. C. de off. com. sac. pal. l. 1. & 3. C. de loc. præd. civ. lib. 11.* ex conventione tamen temporarium esse potest, *l. ult. §. ag. vect.* modò ne ad modicum tempus constituatur, *arg. l. 1. §. de superfic.*

Id prædium vendiderit.] Cæterùm cum vendere cupit, domino priùs offerre debet emendi prærogativam; juxta dispositionem *l. 3. Cod. de jur. emph.* alioqui jure suo cadit. In donatione autem idem postulari non nisi iniquè potest. Planè inductio & honorarium (quod barbarè laudemium) in omni alienatione necessaria, *d. l. 3. circa fin.*

Lex Zenoniana] *l. 1. C. eod.* qua lege effectum est, ut hic contractus (cùm antea dubitaretur, utrùm emptioni an locationi aggregandus esset) separatam ab utraque illa conventione haberet naturam. Originem autem à Zenone non trahit; vid. Hotom.

Siquidem aliquid pactum] Pactiones in emphyteusi servandæ, tam quæ fiant circa ipsam emphyteusim, quàm quæ circa personam emphyteutæ, ejusque rejectionem, *l. 2. Codice eod.* Si nihil aliud nominatim cautum: tum si emphyteuta triennium integrum pensionem solvere cessarit, jus suum ei adimi potest, *dict. leg. 2.* In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem, Codice de SS. Eccles.*

Sin autem particularis] Totius rei interitus ad dominum; partis ad emphyteutam pertinet, nisi aliud convenerit, *l. 1. C. de jur. emph.* Itaque non poterit emphyteuta ob sterilitatem petere remissionem pensionis: quamvis hoc colono concessum, *leg. 15. §. 2. & seq. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Contractus emphyteuticus quid; & cur dubitatum olim; pro emptione venditione, an pro locatione conductione habendus esset.*

2 *Origo hujus contractus & progressus; unde nomen emphyteuseos; & utrùm etiam in ædibus consistat.*

3 *Ius emphyteuticum non ex tempore æstimari, sed ex eo, quod actum est.*

4 *Falli, qui in contractu emphyteutico solo consensu jus prædii transferri putant.*

5 *Præstationem canonis partem esse hujus contractus essentialem: & quanto tempore emphyteuta, non soluto canone, jure suo cadat: aliaque in foro agitata.*

6 *Qua conditione emphyteuta jus suum vendere, aut aliter alienare possit. Et quid hic juris apud Batavos.*

7 *Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid à Zenone acceperit.*
8 *An ad substantiam hujus contractus scriptura necessaria.*
9 *Contractus censualis & emphyteuticus quomodò differant.*
10 *An emphyteutæ similiter remissio canonis, ut conductori mercedis, in casu insolitæ sterilitatis præstanda.*

SUnt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit, utrùm pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda sint. Cujus generis duo Justinianus profert. Unum hoc §. alterum §. seq. Quod hoc §. proponitur, est contractus emphyteuticus, & tale; Dominus prædium suum alicui habendum & fruendum in perpetuum tradidit, certa pensione in singulos annos constituta ea lege; ut quamdiu pensio domino solvetur, tamdiu neque ipsi colono, neque iis, qui in locum ejus successerint, prædium auferri possit. Dixeris: hic esse venditionem; si spectes id quod agitur de re transferenda: hoc enim agitur ut plenissimum jus utendi, & veluti dominium quoddam in perpetuum transeat, quod & in hæredem & in alium quem vis liceat transferre: unde etiam ei, cui hoc jus constitutum est, utilis in rem actio contra quemcumque possessorem competit, *l. 1. §. 1. si ag. vect.* Rursum dixeris: esse locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet: item si spectes pensionem annuam; talis enim constituitur pro usu rei locatione, cum in venditione unum pretium statuatur semel solvendum. Sed Zeno hanc disputationem sustulit, voluitque: hujusmodi conventionem propriam esse speciem contractus ab emptione & locatione distinctam.

De prædiis, quæ traduntur perpetuò fruenda] 2 Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris; qui, quod colonum non reperirent, propter sumptus, quos in illorum cultura atque insitione, seu, ut nunc loquuntur, melioratione fieri necesse erat; in perpetuum, aut certè ad longissimum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & consererentur; idque modica pensione, quæ veri domini memoriam conservaret; quamquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem conditione locari cœperint. Hi agri emphyteutici appellati sunt & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atque uno nomine emphyteusis, à verbo Græco ἐμφυτεύειν, quod Latinis est, *Insero Implanto*. Dicuntur & agri vectigales à vectigali, id est, pensione seu canone, qui à possessoribus solvitur. Nam vectigal quemlibet reditum significat. Cicero *in paradox. Ex tenui meo vectigali aliquid etiam redundat*. Cæterum usu Veterum ferè soli agri publici ista conditione locati vectigal appellantur; *leg. 1. si ager. vectig.* Quæritur est: An in ædibus quoque emphyteusis consistere possit. Nonnulli negant; quoniam lex insitionis, quæ est ab originaria essentia hujus contractus, in ædibus locum non habet. Sed verius est, etiam in ædibus tale jus constitui posse, *auth. si quas ruinas, Cod. de SS. Eccles. leg. 15. §. si de vectigalibus 26. de damn. infect.* Ait, *perpetuò fruenda*. Hinc jus emphyteuticum jus perpetuarium appellatur, *leg. 1. Cod. de offic. comm. sac. palat.* & emphyteutæ perpetuarii conductores, *leg. 1. & 3. Cod. de locat. præd. civil. lib. 11.* quamquam hoc jus etiam ad tempus constitui potest, dum ne id modicum sit, *leg. ult. si ag. vect. leg. 1. §. 3. de superfic.* Cæterùm si emphyteusis constituta censeatur; id non æstimandum est ex tempore, sed ex ipsa conventione; & ex eo, quod actum est, *Vesemb. par. hic num. 8. D. Bronch. 2. assert. 67.* Nam locatio quantivis temporis non est modus transferendi dominii, *Loenselier 89. hoc tit. D. Joan. à Sande lib. 3. tit. 4. defin. 10. circa fin.* Sanè non est assentiendum Cujacio, qui putat: locationes omnes, quæ lustrum excedunt, constituere jus emphyteuticarium. Absurdum enim est, ei, qui ad sex aut septem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem, & interdicto uti possidetis jus alienandi, servitutem imponendi, novum opus nunciandi; quæ omnia emphyteutis concessa esse constat. 3 Ait, *Quæ traduntur.* Rectè Interpretes statuunt; Ante traditionem prædii jus reale seu utile dominium in emphyteutam non transire; proinde nec actionem in rem ei antea competere, sed in personam tantùm. Etenim conventionum & contractuum non hæc natura & vis est, ut rem aliquam aut jus aliquod immediatè nostrum faciant, sed ut alium nobis ad aliquid dandum aut præstandum obstringant dumtaxat, *l. 3. de obl. & act. junct. leg. traditionibus 20. Cod. de pact.* 4 adeòque perspicuè falluntur, qui existimant: peculiare esse in hoc contractu, ut solo consensu jus prædii transferatur, & in rem actionem colonus acquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum separavit ab emptione & locatione, & per se firmum esse voluit; sed non constituit, ut contra communem contractuum & obligationum naturam ex eo dominium citra traditionem transiret.

Quamdiu pensio præstetur] Præstatio pensionis seu canonis pars est essentialis contractus emphyteutici & argumentum reservati dominii, 5 *leg. 1. dict. tit.* in cujus rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvitur; non licet domino, expulso emphyteuta, agrum auferre. Quòd si emphyteuta per triennium canonem solvere cessaverit, tum is Jure suo volente domino cadit, nisi quid secus privata pactio suadeat; *leg. 2. Cod. de jur. emphyt.* In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur; *auth. qui rem, Cod. de SS. Eccles.* Enimverò si dominus post cessationem tanti temporis canonem elapsum sine protestatione receperit; renuntiasse caducitati videtur, *per leg. pen. de leg. commiss. Guid. Pap. quæst. 171. Clar. §. emphyteusis, quæst. 10. Anton. Fab. Cod. suo hoc tit. defin. 16.*

Pe-

Perez. in Cod. hoc tit. in fin. D. Grot. 2 introduct. 40. Quin etiam etsi cum protestatione acceperit canonem futuri temporis, aut elapsum post tempus quo res in commissum ceidit; nihil tamen hoc dominum juvat, *Clar. d. quæst. 10. Fachin. 1. contr. 59. Christin. vol. 3. dec. 122. num. 9.* Sed & celeri satisfactione ex æquitate juris Canonici etiam in emphyteusi civili moram purgari posse, *arg. cap. ult. C. de locat.* Censet idem *Clar. d. §.* eoque jure nos quoque uti, scribit *Grot. de loc.* & ita judicatum refert *Coren. obs. 22.* quamvis communis sententia sit: emphyteutam privati moram purgare non posse; *Clar. d. loc. Sichard. ad l. 2. n. 20. C. hoc tit. Fachin. 1. contr. 98.* secundùm quam judicatum refert Afflict. *decis. 174. ad Christin. vol. 1. dec. 157.* Quæritur autem: An dominus emphyteutam propter Canonem triennio non
6 solutum propria auctoritate expellere possit. Quod omnino negandum est, *per l. non est singulis 176. de reg. jur. l. 7. Cod. unde vi. vid. Clar. d. §. qu. 11. Sichar. d. loc. num. 16. Fachin. d. lib. 1. contr. 95.* Loci, qui de expulsione loquuntur, intelligendi de expulsione legitima, quæ fit auctoritate judicis, *Grot. lib. 2. intr. c. 40. Coren. obs. 5. Mornac. ad l. 2. C. de jur. emphyteut.*

Vendiderit, aut donaverit] Emphyteuta non solùm possidendi & fruendi jus habet, sed etiam alienandi potestatem. Et vendendi quidem etiam cui velit: cæterum oblata prius domino emendi prærogativa; alioqui jure suo cadit. Placet autem, dominum extraneo emptori præferri, dum intra duos menses à facta denuntiatione tantumdem offerat; *l. 3. vers. sed ne hac; C. hoc tit. de jur. emphyt.* Donandi verò vel cum alio permutandi etiam domino irrequisito. Utique tamen tenetur domino significare, donare se aut permutare velle, quo dominus novum emphyteutam, accepto laudimio, (quę pars est quinquagesima pretii fundi,) in possessionem admittat; juxta *d. l. 3. in fin. & ibi Ias. col. 14. & seq. Sichard. num. 19. & seq.* Prolixius hæc executio *lib. 2. select. qu. cap. 2.* Apud nos extra specialem conventionem, aut contrariam consuetudinem, passim usu servatur, ut emphyteuta jus suum etiam vendere irrequisito domino possit; *dec. Cur. Holland. 59.* sed habet dominus jus *[illegible]*, seu retractus, eoque uti potest intra annum, ex quo scire cœperit, prædium esse alienatum; *Grot. 2. introduct. 40.* ubi etiam refert: Quibusdam in locis observari, ut alienato jure aut per successionem transeunte; canon pro eo tempore duplicatus vice laudimii solvatur.

Lex Zenoniana lata est] Zeno *l. 1. Cod. hoc tit.* constituit: Ut jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis titulis adjiceretur, sed tertium hoc jus esse ab utriusque memoratorum contractuum societate separatum, atque conceptionem ac definitionem haberet propriam, justusque esset ac validus contractus, ex
7 quo in posterum actione propria emphyteuticaria, non ex empto aut conducto, amplius ageretur. Unde Interpretes nostri inferunt contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis; ac proinde non juri gentium, sed civili Romanorum attribuendum esse. Quod probare non possum. Etenim non ordine temporum, sed ratione hæc distingui oportet. Quicquid enim ejusmodi est, ut ab aliquo excogitatum & institutum moveat omnium opinionem de se, quasi ad usum vitæ communis conducens, id juri gentium adscribi debet; *vid. sup. de jur. nat. gent.* ubi demonstramus, non omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri. In hoc autem genere sunt etiam locationes perpetuæ; quippe quas non minus quàm temporales omnes gentes sibi communes fecerunt. Emphyteusis verò nihil aliud est quàm in perpetuum vel bene longum tempus facta locatio. Sed nec illud verum est: contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis; ac ne illud quidem omnino: à Romanis originem habere, Sibylla Cumana antiquior est, per ea, quæ legimus apud Mosen *Genes. 47. vers. 24. & seqq. Ioseph. 2. ant. Iudaic. 4. Aristot. 2. Oeconom.* Zenonis autem lege nihil aliud effectum est, quàm ut hic contractus, cùm antea dubitaretur, emptioni ac locationi aggregandus esset, separatam ab utraque illa conventione haberet naturam. Itaque non novam contractus speciem Zeno fecit: sed eam, quæ sub emptione & locatione continebatur, quasi grana ex spicis excutiens detexit, ut disputat *Coras. 1. misc. 21. num. 4.* Planè si vera est
communis DD. opinio, ex lege Zenonis ad con- 8
stitutionem & substantiam cōtractus emphyteutici necessariam esse scripturam (quę opinio probari videtur verbis legis, *Scriptura interveniente*) juri civili hic contractus adscribi potest: non utique mero, sed mixto, *arg. leg. 6. de just. & jur.* Sed multi tamen censent cum Gloss.: non prohiberi fieri sine scriptis, licèt dicatur fieri in scriptis. Et nimirùm, Zenonem non ideò scripturæ mentionem facere, eamve requirere, quòd sine ea nolit contractum subsistere: sed quia ad probationem rei gestæ in hoc contractu necessaria est; cujus alioqui fides decursu temporis, ad quod extenditur, vacillare potest, mortuis iis, qui testes adfuerant; *Connan. 7. comm. 12. Perez. C. hoc tit. num. 2.* Addunt alii: Perpetuum non esse, quòd duo ablativi absolutè positi conditionem contineant, seu, ut vulgò loquuntur, causam importent finalem; *§. 1. sup. de testam. mil. l. 24. eod.* Denique esse hunc contractum bonæ fidei ad cujosmodi contractus substantiam scripturam desiderari non sit credibile. Sed & usus communem opinionem reprobat; testibus *Cate. & Angel. in d. l. 1. hoc tit. Rapise lib. 3. cons. 277. num. 16. & seqq. Socin. cons. 169. num. 12. Rolands à Valcons. 87. num. 11.* & nominatim de moribus nostris testatur Grot. 2. *introduct. 40.* Clarus tamen *d. §. emphyteusis, quæst. 4.* negat, consuetudinem istam esse generalem; ac proinde metius ac tutius fore, ut in praxi adhæreamus opinioni communi, utique iis in locis, ubi contrarium consuetudine receptum non est; quod & supremam Curiam Mechlinien-

sem aliquando censuisse refert *D.Christ.3. vol.dec. 19. num.5.*

Neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem] Horum verborum non hic sensus est; Post Constitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emptione & locatione nihil commune habere cœpisse, sed cœpisse esse specialem contractum peculiarem & distinctam habentem naturam ab emptione & locatione, cum quibus anteà confusus erat; atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem, non ut anteà ex empto aut locato. Neque enim efficere Zenonem voluisse credendum est, quod efficere non potuit: ne scilicet contractus hic similitudinem quamdam cum illis duobus retineret, & hactenus ad utrumque inclinaret. Simillimus, ut obiter hoc dicam, contractui emphyteutico est contractus censualis. Sed hoc interest: quòd etjam verum & directum dominium in censuarium transfertur? cùm illud in constitutione emphyteusis apud constituentem maneat. Itaque censum solvimus, non ut emphyteutæ in recognitionem dominii de re aliena, sed de re nostra: & ideò qui censum recipit, jus caducitatis ob cessationem non habet, *Io. Fab. ad hunc §. circa fin. Ias. in l.1. C.de jur. emphyt. num.39. D. præs. in loc. ab emphyteusi ad cens. Clar. §.emphyteusis, q.1.n.2. Grot.1. introduct.46. Baro.comm. hic part. ult.*

Ac si naturalis esset contractus] Id est, haud secus ac quilibet alius contractus propriam ac distinctam naturam habens: ut enim cæteri contractus ex conventione legem accipiunt, *l.23. de reg. jur.* ita & contractus emphyteuticus suis pactionibus fulciri potest; ut hic loquitur Justinianus: non tantùm circa præstationem periculi, sed etiam circa durationem & caducitatem, id est intra quod tempus emphyteuta canonem non solvens jus suum amittere debeat; *l.2. C. de jur. emph.* Cujac. Ferrer. & Hotom. legunt; *Ac si naturalis esset contractus*: quomodo & Theoph. legisse ex paraphrasi apparet: & rectè sanè, τὰ γὰρ ἐξ ἀρχῆς συμφωνήματα φύσιν δίδωσι τοῖς συναλλάγμασι. *Theod. Hermop. in l.23. de reg. jur.*

Siquidem totius rei interitus] Nisi quid aliud nominatim cautum sit, rei totius interitus ad dominum pertinet, partis verò rei ad emphyteutam: qui hoc casu nihilominus integram pensionem præstare tenetur, *l. 1. Cod. eod.* Quapropter nec ob sterilitatem remissionem pensionis petere poterit. Neque est contrarium; quòd eo casu locatione pensio remittenda est; *l. ex conducto 15. §. 2. & seq. locat.* Nam in locatione merces pro modo & quantitate fructuum, qui ex fundo percipi solent, constituitur: in emphyteusi autem canon non pro fructibus, sed in recognitionem dominii præstatur. Planè si etiam pensio emphyteutæ imposita tanta sit, ut proportione fructibus respondeat; puto, ei succurendum esse, & tam ob sterilitatem pensionem remittendam, quàm ob interitum partis rei minuendam arbitrio boni viri, quasi quædam potiùs locatio, justa mercede facta sit, quàm initus contractus emphyteuticus. Nec movere nos debet, quòd verba contractus non sonent locationem: Semper enim in omnibus contractibus sequimur id quod actum est: nec tam nomen conventionis inspiciendum quàm natura & condirio negotii, quod agitur; *Clar. §. emphyteusis, q. 8. n.7. & seq. Gail. 2. obs. 23. Ant. Fab. C. suo de jur. emphyt. defin.36. Diss. Fach. 1. contr. 89. D. Tuld. in C. de jur. emph. num. 4.*

TEXTUS.

De forma alicui facienda ab artifice.

4. *Item quæritur: Si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos, utrùm emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur. Cassius ait; Materia quidem emptionem & venditionem contrahi; operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantùm emptionem & venditionem contrahi. Quòd si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta; dubium non est, quin locatio & conductio sit.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum in hypothesi proposita, utrùm emptio contraheretur, an locatio.*
2 *Regula generalis, unde in hujusmodi casibus emptio & locatio dignoscantur.*

Affert hic Justinianus aliud exemplum negotii, quo dubitatum, emptio venditio contraheretur, an locatio conductio; nimirum; si mihi cum artifice convenerit, ut certo pretio rem aliquam mihi efficeret ex sua materia, puta ut aurifex certi ponderis certæque formæ annulos faceret ex suo auro. Dixeris enim: hic emptionem contrahi, quia materia in perpetuum abalienatur. Rursus dixeris: esse locationem propter operam artificis, quæ & ipsa æstimatur: operæ autem emptio esse non potest. Qua ratione Cassius non simpliciter hunc contractum esse dicebat, sed duplicem, venditionemque & locationem in hoc negotio concurrere; & scilicet materiæ atque in hypothesi proposita auri infecti venditionem contrahi, operæ & artificii locationem. Sed concinnius visum est, simplex hoc & unum negotium censeri, tantùmque emptionem & venditionem esse, *l. 2. hoc tit.* 1

Placuit, tantùm emptionem & venditionem] D. l. 2. Si cùm aurifex jam haberet annulos ex suo auro factos, mihi cum eo convenisset, ut eos certo pretio mihi daret, nemo dubitaret, emptionem & venditionem tantùm contrahi. Quid autem in proposito refert, res jam facta sit ab artifice, an adhuc facienda, cùm utrobique in pretio constituendo non materiæ solùm, sed etiam artificii ratio habeatur? Sic verò in universum habendum est;

Si

Si quam rem nobis fieri velimus, veluti statuam, vel vas aliquod, aut annulos, vestem, tegulas, &c. ut nihil aliud quàm pecuniam demus: emptionem esse, atque emptionem solùm; quoniam nulla potest esse locatio, ubi corpus ipsum non datur ab eo, cui id fit; quemadmodum Sabinum respondisse Pomponius refert, *l. Sabinus 20. de controv. empt.* Cui sententiæ convenit, quod Javolenus scribit, *l. si convenit 65. d. tit.* Toties emptionem contractam intelligi, quoties materia, in qua aliquid fit, immutatur & alienatur. Id autem in casu proposito contingit auro. Non adversatur huic sententiæ Paulus *in l. item si, 22. §. 1. hoc tit.* ubi ait: Cùm insulam ædificandam loco in sua impensa conductor omnia faciat; proprietatem quidem eorum ad me transferri, & tamen locationem esse. Locare enim artificem operam suam, id est, faciendi necessitatem; quoniam cum aream meam do, ut in ea insula fiat, substantia & materia, in quam agit artifex, à me proficiscitur; *d. l. Sabinus in fin.* neque materiam, tigna, cementa hic emo, sed conduco operas artificis ad insulæ constructionem, ut eam mihi omni re atque opere perfectam in meo reddat.

Quòd si suum aurum dederis] *d. l. 2. l. in navem 31. hoc tit.* facit *l. scribis. 34. in pr. vers. in aurifice de aur. arg. mund. leg.* Nam toties conductio alicujus rei intelligitur, quoties materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet, *d. l. si convenit. 65. de contr. empt.*

TEXTUS.

Quid præstare debet conductor.

5. *Conductor omnia secundùm legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermissum fuerit; id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promisit; ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit; de restituenda ea non tenebitur.*

NOTÆ.

5. *Secundùm legem conductionis*] Id est, secundùm pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem contractui dant, *l. 23. de reg. jur.* exempla habes *in l. 9. §. 2. l. 11. §. 1. & ult. hoc tit.* estque hoc commune omnium judiciorum bonæ fidei; *l. 7. §. 5. de pact. l. 11. §. 1. de act. empt.* Vide infr. in comm.

Ex bono & æquo præstare] Est enim hic contractus bonæ fidei, in quo multa, quæ nec dicta nec cogitata forte sunt, præstat æquum est, §. 30. *inf. de act. & sup. de obl. ex cons. add. l. 25. §. 3. l. 24. pr. hoc tit. l. 2. l. 17. C. eod.*

Qualem diligentissimus] Superlativus pro positivo; ut & *in leg. 25. §. pen. eod.* Est enim locatio ex eorum contractuum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent, in quibus dolus dumtaxat & culpa levis præstatur, non etiam levissima, *l. 5. §. 2. commod.* ubi etiam nominatim locationis fit mentio, *leg. 9. §. 3. l. 11. §. 3. l. 3. §. 1. l. 31. in fin. hoc tit. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ à conductore ex natura hujus contractus præstanda.*
2 *Conductorem regulariter levem dumtaxat culpam non etiam levissimam præstare.*
3 *Accurata ad ea, quæ in contrarium disputantur, responsio.*
4 *Exclusione casus fortuiti non protinus induci præstationem culpæ levissimæ.*

Agitur hoc §. de præstationibus, quæ conductori incumbunt; docetur que: in hac re primùm inspici debere id, quod ut præstaret conductor, nominatim convenit; veluti si convenerit, ut etiam si quid vi majore accidisset, præstaretur: hic enim pacto standum esse Julianus respondit; *l. 9. Julianus 2. hoc tit.* Similia exempla occurrunt 1 *in l. 11. §. 1. & ult. eod.* estque hoc commune omnium judiciorum bonæ fidei, *l. 11 de act. empt. l. contractus 23. de reg. jur.* Quòd si nihil convenit, tunc ea præstanda esse, quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate, in quod, cùm sit bonæ fidei, id omne venit, quod ex æquo & bono præstari oportet; etiamsi de eo nihil dictum, aut fortè nihil cogitatum sit, *l. si in lege 24. & l. seqq. §. 3. hoc tit. §. in bonæ 30. infr. de act.* undè post moram etiam usuræ tardiùs illatarum pensionum à conductore præstandæ, *l. quæro 54. eod. l. præses 17. C. eod.*

Secundùm legem conductionis] Id est, secundùm pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, *l. 7. §. quinimo 5. de pact. d. l. 23. de reg. jur.* Nihil est apud juris Auctores frequentius, quàm ut legem contractus appellent formam, quam ex pactione adjecta contractus accipit, ipsamve pactionem, *l. qui fundum 40. l. comprehensum 60. l. si cum fundum 68. de contr. empt. l. si in leg. 24. hoc tit. l. venditor 13. comm. præd. cum simil.*

Ex bono & æquo præstare] Ante omnia autem colonus curare debet, ut opera rustica suo quæque tempore fiant, ne intempestiva cultura fundum faciat deteriorem. Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, *d. l. 25. §. 3. h. tit.* Inquilinus, ut in domo locata rectè versetur ex honesta non faciat cauponam, *l. 3. C. eod.* Uterque, ut pensiones suo quasque tempore solvat, *d. l. quæro §. 1. h. t.* Ni ita se gerat conductor, & pensionem præster, impunè expelli potest, *d l. quæro, §. 1. l. 3. C. eod.* Plures alias causas, ob quas conductorem expellere jus est, refert Christ. *vol. 3. dec. 115.* quamquam non omnes hodie obtinent; ut idem ibidem annotat. Illud hic tenendum est; quibus casibus conductorem expelli posse dicitur, non nisi ex auctoritate Magistratus eum expelli debere; Ant. Fab. *C. suo h. t. defin. 11.*

Qualem diligentissimus paterfamilias] Simile est, quod traditur in *l. si merces 25. §. pen. h. t.* At enim locatio & conductio est contractus ex eorum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cujusmodi contractibus dolus dumtaxat & culpa præstatur, juxta regulam traditam in *l. 5. §. 2. commod.* ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cùm autem culpa præstari dicitur, eo verbo in usu juris non alia quàm levis culpa designatur, id est, ea, quæ mediæ diligentiæ opponitur. Quod multis auctoritatibus probavimus sub *§. 1. sup. quib. mod. re contr. oblig.* Et de hac tantùm culpa d. regulam intelligi debere ex eo patet, quòd in contractibus, in quibus solius accipientis utilitas versatur, quale plerumque est commodatum. Jurisconsultus d. loco scribit: Plus ab accipiente exigi, quàm cum utriusque commodum vertitur; nimirum in hujusmodi contractibus præter culpam præstari & diligentiam; quo significat; in eo contractus, qui utriusque gratia fiunt, & commodatum discrepare; quòd in illis dumtaxat levis culpa præstetur; in hoc etiam levissima, quam more Veteribus usitato contrariæ rei præstatione indicat; diligentiæ scilicet, intelligens eo verbo diligentiam specialem seu exactissimam. Ipsa quoque
2 ratio hoc suggerit, leviùs agendum esse cum eo, qui mercedem pro rei usu præstat, quàm qui gratuitum ejus usum habet. Quin ipsum etiam commodatarium placet culpam levem tantùm præstare secundùm superiorem regulam, si quando commodantis quoque contemplatione res commodata sit, *l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* Ex quibus perspicuè evincitur: conductorem regulariter levissimæ culpæ nomine non teneri, neque ab eo exigi extra specialem conventionem; ut in *l. qui mercedem 40. h. t.* ut in re conducta summam & exactissimam diligentiam præstet: sed securum eum esse oportere, si adhibuerit mediam, id est, eam, quam communiter frugi patresfam. suis rebus adhibere solent. Idem ex eo quoque confirmatur, quod passim nihil ampliùs quàm culpam à conductore præstari legimus; *l. 9. §. 3. l. 11. §. 3. l. item quæritur 13. §. 1. l. in navem 31. in fi. h. t.* quo postremo loco Alfenus etiam pro ratione affert regulam probatam in contractibus, qui utriusque causa ineuntur: at culpæ nomine absolutè posito, in usu juris culpa levis perpetuò significatur. Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentissimè hoc ipsum ostendit, *l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* quo loco Jurisconsultis conferens actiones locati & depositi cum honoraria, quæ ex edicto isto competit; utilitatem ejus, quæ ex edicto est, hoc nomine maximè commendat; quòd in locato conducto culpa; in deposito dolus dumtaxat præstetur: edicto verò omnimodo qui recepit teneatur, etiamsi sine culpa ejus res periit aut damnum datum est; ita tamen, ut nec ille præstet casus fortuitos, seu quod damno fatali aut vi majore contingit. Igitur ex sententia Jurisconsulti is qui recepit præstat medium aliquid inter culpam & casum fortuitum; quod non præstat conductor: atqui hoc medium nihil aliud esse fateri omnes debent quàm culpam levissimam. Quid ergo respondemus ad hunc textum? Nimirum idem, quod Interpretes vulgò: Superlativum hoc loco positum esse pro positivo, verbum *diligentissimus* pro *diligens*; ut hoc verbum secundùm subjectam materiam & naturam contractus explicandum sit, eoque hic significari intelligatur; non summa illa & penè modum excedens sed media diligentia, quam communiter homines diligentes suis rebus adhibere consueverunt. Sic ex contrario positivus pro superlativo ponitur in *l. 5. §. custodiam 5. commod. l. hæres 25. §. non tantum 16. fam. ercisc. §. 2. sup. quib. mod. re contr. obl. &c.* quod apparet ex collatione *l. in rebus 18. l. 1. §. & ille 4. de obl. & act. §. 1. inf. de obl. quæ quasi ex contr.* Idem responderi potest ad *l. si merces 25. §. pen. h. t. arg. d. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* Nam quod alii respondent: Casus esse speciales, qui hic & in *d. §. pen.* proponuntur; atque utroque loco agi de rebus, quæ natura sua quasi damno maximè obnoxia accuratissimam custodiam desiderant; altero etiam de conductoribus, qui operam quasi ultrò offerunt, & ideò quoque levissimam culpam præstare tenentur, *arg. l. 1. §. sæpe 35. depos.* admitti non potest. Nam jumenta, columnæ, dolia, tigna, scrupulosam præ cæteris rebus curam aut curiosam custodiam minimè requirunt; nec quilibet, qui quodammodò operam suam offerre videtur, ad majorem diligentiam, quàm natura contractus desiderat, obligatur, *d. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* sed locum hoc habet in artificibus, seu iis, qui alicujus rei peritiam profitentur: quorum idcircò imperitia culpæ levi annumeratur, cùm in aliis sit levissima; *l. 9. §. pen. l. item 13. §. si gemma 5. h. t. l. 12. de furt. l. 8. §. 1. ad l. Aquil.* Nisi putamus, etiam eos, qui columnas aut tigna deportanda conducere solent eodem numero haberi, quasi industriam certæ rei profiterentur, ut *D. Vresemb.*

Et aliquo fortuito] *L. in judicio 18. C. eod.* Neque hoc proprium hujus judicii est, sed commune omnium contractuum, *l. contractus 13. de reg. jur. l. 6. C. de pign. act.* Non obstat quod alibi dicitur: Rem locatam esse periculo conductoris, *l. 13. §. 1. de lib. caus. l. 14. §. qualis 16. de furt.* Nam illud intelligendum est de periculo & damno, cui culpa causam præbet: neque novum est, ut illæ etiam res periculo nostro esse dicantur, in quibus culpam præstamus; de quo uberiùs disservi sub *§. 3. tit. præc.* Quòd autem hic excluditur casus fortuitus; id non satis argumenti est, culpam levissimam à conductore præstari: nihil enim frequentius est jure nostro, quàm ut posita præstatione doli & culpæ (quo verbo levis intelligitur) removeatur casus fortuitus: insuper habito, utrùm eo ampliùs etiam levissima culpa præstetur, nec ne: utpotè quæ & raro præstetur, & vix culpa sit. Hinc jam judicari potest, an incendium & quando à conductore præstandum sit: in quo tamen mirificè variant & Interpretes & judicum

sen-

sententiæ, *vid. Gail.2. obs.21. Menoch.de arb. jud. q.2.cas.99. Mascard.l.2.de prob.in verb. Incendium Fach.1.cons.87. Moll 4.semest.31. D.Tuld. comm. in tit.de l.Aquil.infr.c.8.Christ.vol.3.dec.112. n.5.ubi plures cit.* Assentior autem iis, qui statuunt, Inquilinum de incendio locatori teneri, nisi doceat de diligentia sua in muniendo & custodiendo igne adhibita; *Fach.& Moll.de loc.p.l.3.§.1.de off. præf. vig.l.11. de pec.& comm. rei vend.* de quo nos opulentiùs *l.1.sel.qu.cap.33.*

TEXTUS.

De morte conductoris.

6. *Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione succedit.*

NOTÆ.

6. *Mortuo conductore, & c.hæres ejus*] *l.10.C.h.t.* sicut nec ex contrario morte locatoris expirat locatio, *l.18.§.eod.* Hæres enim universi juris & onerum defuncti successor est, *l.37.de acq.hær.* Emptor autem vel legatarius stare locationi non tenentur, *l.25.§.1.l.32.h.t.l.120.§ ult.de l.1.l.9.C.h.tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Emptor non tenetur stare locationi factæ à venditore; & quid hodie.*

1 Morte conductoris conductionem non expirare, sed hæredi quoque ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere, certi juris est, *l.10.C.h.t.* & contranec morte locatoris expirat: quippè hæres universi juris & onerum defuncti successor est, *l.hæres 37.de acq. hær.* Ait autem Justinianus: Hæredem eodem jure in conduct one succedere; & Gordianus *in d.l.10.* Hæredi quoque onus contractus incumbere; quibus verbis non hoc significane: hæredes, pro eo tempore, quo contractus inter defunctum & superstitem stetit, actione locati aut conducti teneri; quamquam etiam ita tenentur, *l. sed addes 19. §.pen. hoc tit. l. cum conductorem 29. C. eod.* quippe omnes actiones ex contractibus venientes, etiam mandati & pro socio, *l. inter causas 26. pr. mand. l. nemo 35. & l. seq. pro soc.* in hæredes transeunt; sed hæredem succedere in ipsum jus conductionis; quæ mortuo conductore aut locatore non finiatur: quod quidem regulariter etiam in aliis contractibus obtinet; secus est in iis negotiis, in quibus industria certæ personæ eligitur; ut in societate & mandato, quæ morte contrahentium finiuntur; ut docetur duobus tit. proximè seqq. Particularis autem successor, emptor aut legatarius non tenetur stare locationi factæ ab auctore suo, *l. si merces 25. §.1. l. qui fundum 32. hoc tit. l.9. C.eod.l.nihil.120.§.ult.de legat.1.* Cæterùm ab hoc jure moribus nostris & pleræque Belgicæ recessum est, juxta tritum illud, *huer gaet voor koop. Grot. 3. introd. 19. Neostad dec. sup. Gur. 30. Gudelim.3.de jur. nov.7. add. vai, vai Groenevv. de legib. abrog. ad l.9. C. hoc tit.* In hac urbe sequuntur jus commune; *statut. Leid. 74.*

TITULUS XXVI.

DE SOCIETATE.

Dig. Lib.17. Tit.2. C. Lib.4. Tit.37.

Continuatio. Quid sit societas; & quarum rerum; quando & quomodò contrahatur.

Tertia species contractuum, qui sola contrahentium voluntate obligationem inducunt, est societas. Societas est contractus, quo inter aliquos res aut operæ communicantur lucri in commune faciendi gratia. Primum ut sit societas necessè est, aliquid mutuò conferri & communicari; nisi quid utrinque in commune conferatur, societas non intelligitur. Inde dictum, Donationis causa societatem non contrahi; veluti si alicui placuerit, lucrum ex re sua factum alteri commune esse, qui de suo nihil conferat, *l.5. §.2. hoc tit.* Enim verò quæ res invicem conferantur, corporales ne utrinque, an illinc res, hinc opera, an etiam opera utrinque; ad societatem communicatione rerum contrahendam nihil interest: nam & inter duos artifices societas coiri potest, ut quod ex suo artificio quæstus fecerint, inter eos commune sit, *l. si non fuerint 29. l. duo 71. eod.* Illud quoque nihil refert ad societatem ineundam, quantarum rerum societas instituatur: nam & universorum bonorum societas contrahi potest & partis bonorum: potest & negotiationis alicujus, quæ multas res partesque contineat: potest denique & unius rei, veluti si predium communi consensu conducatur, ut fructus inde quæsiti sint communes, *pr. hoc tit. l.5. l. verum 63. eod.* Porrò, quod ex definitione satis intelligitur, societas est consortium voluntarium; ut à Papiniano vocatur, *l. cum duobus 52. §. Idem Papinian.8.eod.* nisi enim consensu & tractatu de ea re habito communio suscepta sit, non est societas. Itaq; socii non sunt si qui aut casu in communionem inciderint; puta si legatum, donatio, aut hæreditas duobus communiter obvenerit; aut si res à duobus simul simpliciter empta sit, *l.ut sit 31. cum 3. ll. seq. eod.* Ex qui-

quibus locis cum Glossa & citatis *in add. ad Bart.* temperandum est, quod *in l. 2. commod.* Jurisconsultus ait; Rem, quæ à duobus pariter empta est, cum societate communem esse; nempè si empta sit cum affectione & animo societatis: idemque præsupponendum in specie *l. 2. C. hoc tit.* quamquam Bart. ad *dd.ll.* quem sequitur Salicetus *in d. l. 2.* contrarium axioma proponit, videlicet: eo ipso quòd res à duobus pariter emitur, societatem contrahi. Denique, quod postrema verba definitionis indicât, non est satis ad contrahendam societatem, communionem consensu iniri inter aliquos, nisi in hunc finem cōmunio instituatur, ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio hunc finem non habet, societas dici non potest, ut maximè voluntate suscepta sit. Ut ecce; Materiæ duorum voluntate dominorum confusæ sunt; massa quidem hæc communis est, §. *si duorum 27. sup. de rerum divis.* at non jure societatis. Res eadem simul à duobus simpliciter empta est; sit illa quidem amborum voluntate communis; sed ut modò dixi, citra societatem; *d.l. ut sit 31. h. t.* Convenit inter aliquos, ut lucrum non sit commune, sed unius tantùm socii: placet, ita societatem contrahi non posse, quasi quæ contra finem societatis constituatur; *d. l. si non fuerint 29. §. 2. eod.* De damno nihil adjeci, quia lucrum tantùm sperant spectantque socii; damnum præter votum eorum accidit. Sed nec damni communio ad substantiam societatis pertinet: quippe quæ etiam ita constitui potest, ut unus è sociis damni sit expers; ut postea intelligetur. Cum autem de communione eo quo dixi animo inter aliquos convenit; tum societas consensu contracta intelligitur, etsi nullius rei aut operæ collatio in præsentia fiat; *l. 2. de obl. & act.* Nec adversatur, quod scribit Modestinus *l. 4. h. t.* Posse societatem coiri re & verbis &c. Significat enim, societatem ita contrahi consensu, ut nihil intersit, verbis seu aperta conventione, an tacitè re seu facto aliquo consensus declaretur: add. quæ ex Cujacio notat D. Got. *ad d. l. 4.* Species societatis sumuntur à diversitate materiæ: ac de eo hic primùm agitur; deinde disputatur de pactionibus circa partes lucri & damni; postremò de vi & obligatione hujus contractus, deque modis, quibus dissociamur.

TEXTUS.

Divisio à materia.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινοπραξίαν appellant: aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque; aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

NOTÆ.

Societatem coire] Societas est communio consensu suscepta, Estque duplex, vel vitæ; quam uno verbo nuptias sive matrimonium appellamus; vel bonorum; quæ verbo generis in usu juris societas vocatur: de qua sola hic agitur.

Aut totorum bonorum] In qua bona omnia præsentia continuò communicantur, actiones invicem cedendæ, quæ postea obveniunt, in commune redigenda; *l. 1. §. 1. d. l. 2. d. l. 3. l. 73. & seq. hoc tit.* Cum autem aliqui simpliciter societatem contrahunt; eorum dumtaxat, quæ ex quæstu veniunt, coita esse videtur, non etiam, quæ beneficio alieno aut dono fortunæ, *l. 7. cum seqq. eod.*

Unius negotiationis] Vel artificii, vel fundi in commune empti: in qua id solum, quod ex quæstu rei venit, cujus societas contracta est, lucrum commune est; *l. 52. §. 5. eod.*

COMMENTARIUS

1 *Species societatis subjectis distincta.*
2 *Quando universorum bonorum societas contracta intelligatur, ejusque effecta.*
3 *Moribus Belgii talem societatem inter conjuges constitui, & quidem ipso jure: unde & quid amplius in hac quàm in alia universali.*
4 *Quæ bona communicentur, si societas simpliciter coita sit.*
5 *Peculiaria quædam in societate omnium bonorum.*

Societatis diversæ sunt species & effectibus & subjectis distinctæ, *ut l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. 5. l. 7. cum aliquot seqq. l. si non fuerint 29. & pass. hoc tit.* Imperator autem hoc loco id tantùm videtur ostendere voluisse; aliam esse societatem universalem; aliam particularem, ut vulgò distingui solet: quamquam minùs accurata ea oppositio est. Pinguiùs à diversitate subjecti societas ita distribui potest, ut dicamus, aliam esse rerum & bonorum omnium; aliam universorum, quæ ex quæstu veniunt: aliam partis bonorum tantùm: aliam denique unius rei; puta certæ alicujus negotiationis vel artificii, aut fundi in commune empti. In bonorum omnium societate bona omnia præsentia, id est, quæ coeuntium sunt tempore contractæ societatis, continuò communicantur; *l. 1. §. 1. l. 2. hoc tit.* actiones invicem sunt cedendæ, *l. 3. eod.* quæ postea obveniunt, judicio societatis communicanda, *l. si societatem 73. & l. seq. eod.* & quidem etiam omnia, idest, tam ea, quæ beneficio alieno & dono fortunæ obveniunt, quàm quæ ex opera sociorum quæruntur; *d. l. 3. §. 1. d. l. 73. eod.* Hujusmodi autem societas tunc tantùm contracta intelligitur, cum nominatim & specialiter omnium bonorum coita est *dd. ll.* Interdum tamen evenit, ut tacitè quoque id actum videatur; veluti si fratres consortes post mortem patris, bonis indivisis, non paternis tãtùm, sed etiam cæteris, in quorum communionem inciderunt, lucris omnibus communicatis, vixerint, nec à se invicem rationes unquam exegerint. Hæc autem omnia conjunctim requiruntur: nam si tantùm paternæ hæreditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid gesserit, sibive habuerit, universalis societas minimè contracta videbitur, nec 2

quòd

quod aliunde quæsitum est veniet in communionem; *l. cum duobus 52. §. Papinianus & h. t. l. 4. C. comm. utriu que jud. Ant. Fab. Cod. suo, hoc tit. defin. 3. D. Tulden. comm. hic cap. 1.* Moribus ferè totius Belgicæ (Frisiam excipe, *vid. D. Ioan. à Sande rer. jud. l. 2. tit. 5. defin. 3.*) bonorum omnium communio & universalis societas inter conjuges ipso jure constituitur, nisi quid contra pactis ante nuptialibus cautum sit. In qua societate etiam hoc amplius est, quàm in alia universali; quod etiam ea, quæ post contractum matrimonium alterutri conjugum quæsita sunt, continuò inter eos communia fiunt, non expectata nova eorum communi-
3 catione; scilicet quia lex hanc communionem inducit; *vid. D. Neostad. in not. ad observ. 9.* cùm alii socii, quamvis universorum bonorum, quæ post contractam societatem acquirunt, sibi acquirant; ut tamen judicio societatis ea cogantur communicare, & quæsita in commune redigere; *l. si societatem 73. & l. seq. hoc tit.* Unde Paulus in *l. 1. §. 1. eod.* non ait, simpliciter inter socios omnium bonorum continuò communicari res omnes; sed res omnes quæ coeuntium sunt, id est, quæ tunc sunt, cum societatem coeunt. In societate universorum, quæ ex quæstu veniunt, res coeuntium seu bona præsentia non communicantur, sed futura tantùm, seu lucra postea obvenientia; neque tamen hæc omnia; sed ea solummodò, quæ ex opera quotidiano, id est, ex opera & negotiatione cujusque socii acquiruntur; puta lucrum, quod ex emptione, venditione, locatione, conductione, & similibus commerciis, aut ex causa artificii descendit. Quæ verò alieno beneficio obveniunt, qualia sunt hæreditas, legatum, donationes; ea extra hanc causam habentur; *leg. 7. & aliquos s. qq. hoc tit.* Talis societas contrahi in-
4 telligitur, cum aliqui simpliciter societatem coeunt, hoc est, saltem dicunt, sibi placere, ut inter ipsos societas sit sine designatione rerum, quarum societatem contrahi velint; *d. l. 7.* Fallitur autem D. Bachovius, dum putat, etiam in societate simpliciter hoc modo contracta bona ipsa coeütium statim communicari: hoc enim non obscurè pugnat cum *d. l. 7.* Et *l. 1. §. 1. eod.* disertè loquitur de societate omnium bonorum. Veteres autem non aliam bonorum aut fortunarum omnium societatem agnoscunt, quàm quæ nominatim ita contracta est; ut benè Baro hic. In societate omnium
5 bonorum etiam illud peculiare est, ut si quid socius necesse habuit præstare ex obligatione honesta, atque adeò etiam aliena injuria coactus; id omne in societatis rationem veniat, tametsi extra causam societatis id præstetur; *l. cum duobus 52. §. ult. hoc tit. d. l. 39. §. 3. fam. ercisc.* Nec mirum, cùm rursus omnia etiam, quæ ex lucrativa causa obveniunt, in commune sint redigenda. Quapropter si unus è sociis universorum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum; honestè tamen & decenter, non profusè, inde fraudem sociorum; id non societatem imputabitur veluti si pater filium in studiis aluit, atque eo nomine quid honestè & bona fide erogavit; *fac. l. si pater. 50. fam. ercisc.* Quid si filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim: societatis id commune onus esse, non solius patris; *arg. l. 29. de rit. nupt. Rol. à Vall. conf. 91. Menoch. 2. de arb. jud. cap. 127. Fach. 8. contr. 4. Christin. vol. 3, dec. 51. num. 9. Gothofr. ad l. 81. hoc tit. Bachov. ad Treut. vol. 1. disput. 27. th. 8.* Prius illud etiam admittit D. Tulden. *comm. hic cap. 24.* sed de dote dissentit: propterea quòd dos imputatur legitimæ, & conferenda est; ea autem, quæ studiorum causa filio subministrantur, non item, *d. l. 50. fam. erc.* Sed quid hoc ad rem? Imò eùm filiam dotare pater teneatur; vel magis in dote id obtinère debet. Sic ea, quæ pater liberis emancipatis concedit, ut se exhibeant, familiam quam instituunt sustineant, conferuntur; *l. 1. in fin. C. de collat.* quæ tamen imputabit societati: & potest pater impendiis studiorum causa factis hanc legem dicere, ut post mortem conferantur. Hoc autem nihil ad socios. Planè feuda in hanc societatem non veniunt. *Bald. & Præpos. in c. Imperialem de prob. feud. l. per Fred. & in cap. 1. de invest. de re al. fact. Pres. Evers. cons. 53.* In reliquis societatibus id solum, quod ex quæstu negotiationis venit; aut rei, cujus societas contracta est, lucrum commune est: ex alia causa quæsitum ad communionem non pertinet; *l. cum duobus 53. §. cum duo. 5. eod.*

TEXTUS.

De partibus lucri & damni.

1. ***Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit; æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quòd si expressæ fuerint partes; hæ servari debent. Nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint: ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant; ad alterum tertia.***

COMMENTARIUS.

1 *Summa disputationis hic proposita.*
2 *In impari rerum collatione, si de partibus nihil dictum sit, impares quoque constituntas intelligi, & reprehensi qui secus sentiunt.*
3 *Ubi partes expressæ, qualiscumque collatio sit, conventionem servandam.*

Omnis societas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non semper lucrum fit, & sæpè etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendum est, ut sciatur, quantum quisque & in lucro & in damno ferat. Summa hujus disputationis tribus hisce propositionibus continetur. 1. Si nihil nominatim convenerit; partes & in lucro & in damno æquales sunt. 2. Si partes expressæ fuerint; has servari oportet. 3. Si una tantùm in causa pars expressa sit; in 1
altera,

altera, quæ omissa est, eadem pars servari debet.

Æquales sc. partes] Si partes expressæ non sint id tacitè actum intelligitur, ut æquales sint; *l. si non fuerint 29. pr. h. t.* quod sic vulgò & rectè acceptū est, ut pro vero habendum sit, cum ea quoque quæ conferuntur, sunt æqualia: cæterum si inæqualis sit collatio; pro rata ejus, quod quisque contulit, partes fieri: æqualitatem enim hic intelligi debere non arithmeticam, sed geometricam,
2 id est, analogam rebus collatis. Non placet hoc D. Connano, *lib. 7. comm. 13.* neque D. Tuldeno *comm. hoc cap. 5.* qui ita disputant, ut existiment etiam in impari rerum collatione, si de partibus societatis nihil dictum sit, æquales partes pro numero sociorum tacitè factas intelligi, non considerato eo, quod quisque contulit, quasi ubi nihil speciatim dictum est, communem dumtaxat negotiationis fortunam spectasse, atq; in eo acquievisse, videatur, ut quisque damni & lucri tantumdem haberet: scilicet jubente id etiam lege societatis atque amicitiæ, quæ ab æqualitate primùm nata sit, & pares faciat etiam quos impares suscepit: Sed u concedamus, hoc tacitè actum videri in societate omnium fortunarum, aut simpliciter & sine designatione rerum contracta; tamen in societate unius alicujus negotiationis idem probandum non est. Nam cùm nihil æquius sit, quàm ut quilque pro ratione sortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum sentiat; *l. 6. l. quod enim 80. hoc tit.* hoc ipsum tacitè quoque actum intelligi convenit, si nihil aliud dictum est; Bene Aristot. 8. *Ethic. ad Nicomach. in fin. & 3. Polit. 6.* Ἐν χρηματικῇ κοινωνίᾳ πλείω λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλείω.

Si expressæ fuerint partes, hæ servari debent] Ac proinde etiam si inæquales servari placuerit
3 in collatione æquali, pactio servanda erit: & contra si æquales servari placuerit in collatione inæquali. Itaque cùm sæpè non constet, an æqualis utriusque aut rerum aut operæ collatio facta sit; ut omnis de hac re controversia inter socios tollatur, rectè fecerint, si ipsi expressè partes societatis constituant. Videtur tamen quod hic simpliciter dicitur, aliqua indigere cautione; de quo sub §. *seq.* Quòd si societas ea conditione contracta sit, ut partes postea constituerentur; ad boni viri arbitrium res redigenda est; *l. 6. hoc tit.* Sed & si arbitrio tertii alicujus partium definitio permissa sit; arbitrium boni viri electum videtur; poteritque in manifesta iniquitate arbitrium personæ electæ per judicium bonæ fidei corrigi; *l. societatem 76. cum 4. l. seq.*

Ut ad unum duæ partes, &c.] Hæc conventio, ut ad unum duæ partes tam damni, quàm lucri pertineant; ad alterum tertia, propter analogiam inæqualitatis partium in damno & lucro facilè recepta est. Imò vix inæqualitatem habere videtur: quoniam incertum est, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum sit, neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt.

TEXTUS.

De partibus inæqualibus.

2. *De illa sanè conventione quæsitum est: Si Titius & Sejus inter se pacti sint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia; an rata debeat haberi conventio. Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius (cujus sententia prævaluit) contra sensit; quia sæpè quorūdam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita posse coiri societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpè opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit; compensatione facta, solum quod superest intelligatur lucro esse.*

NOTÆ.

2. *Contra naturam societatis*] Utpote quæ æqualitatem tamquam jure quodam fraternitatis desiderat; *l. 67. pr. eod.*

Servius Sulpitius] *l. 30. in fin. h. t.*

Opera alicujus pro pecunia] Idem intelligi debet de labore, de periculo navigationis & similibus; *l. 29. §. 1. eod.*

Lucri partem, &c. de damno non teneatur] Nam nec hæc conventio iniqua est, si tanti est illud, quod impeditur & perditur operæ quanti est damnum acceptum; *d. leg. 29. §. 1.* Talis autem societas coiri non potest, ut unus lucrum tantùm, alter damnum sentiat; quia sine ullius lucri communione societas consistere nequit: & ista societas leonina Veteribus dicitur; *d. l. 29. §. 2.* Appellatio tracta ex fabula Æsopi, v. *Erasm. in Chiliad.*

COMMENTARIUS.

1 *Sulpitium in casu hic proposito non tam improbasse videri sententiam Mucii, quàm temperasse.*
2 *Improbatur eadem Mucii sententia simpliciter.*
3 *Notabilia quædam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur.*
4 *Si convenerit, ut unus lucri sit particeps damni immunis: & de leonina societate.*

Lucri

L*Ucri duas partes, damni tertiæ*] Difficulter in societate coeunda admissum est, ut partes lucri & damni difformiter constituerentur; veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantùm: alter duas damni, tertiam lucri ferat. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed à Servio Sulpitio admissa est; cujus sententiam prævaluisse testatur Justinianus.

1 *Quia sæpè quorumdam ita pretiosa est opera*] Hæc ratio arguere videtur, Sulpitium non tam improbasse sententiam Mucii, quàm temperasse; nimirum quod Mucius simpliciter dixit, Iniquam esse hanc pactionem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ, quod etiam fortè solum Mucius consideravit: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantùm, alter operam simul cum pecunia confert; imò justum esse, hunc meliore conditione in societatem admitti. Igitur ne quidem ex sententia Servij pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demum ratum est, cum inæqualis est collatio, & is quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert, sive pecuniæ, sive operæ aut industriæ; quod etiam evidenter probare videtur responsum Ulpian. in *l. si non fuerint 29. pr. hoc tit.* Atque ita olim Azo contra Joannem disputavit; ejusque sententiam Interpretes *comm. ad hunc §. & in d. l. 29.* sequuntur, *Gomez. 2. var. resol. 5. num. 5. Vinnemb. parat. hic, num. 7. Christin. vol. 3. decis. 51.* Sed ut verum fateat, non possum huic sententiæ acquiescere.

2 Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus; *arg. l. contractus 23. de reg. jur.* modò ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam. Deinde quia apertè huic sententiæ refragatur, quod simpliciter scriptum est §. *præc.* Si partes expressæ fuerint: has servari debere: quod & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus etiam ubi æqualis est collatio, omnino accipiendum est; quoniam in collatione inæquali, etiamsi de partibus nihil convenerit, partes inæquales juxta ea quæ dicta sunt constitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. *seq. & l. Mucius 30. in fin. eod.* Etsi verò hac ratione inducitur aliqua inæqualitas; non video tamen, cur non possit expressa conventione id effici, cùm non planè tollatur lucri communio, in qua consistit societatis substantia. Nec dubium est, quin societas æquè ex parte donationis causâ rectè contrahatur atque emptio venditio, *l. si quis 38. de contr. empt.* Quare existimandum potiùs est; Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id, quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati prosit quàm alterius: de quo tamen in singulis personis inquirendum nonsit, cùm ad æquitatem pacti, quod contra Mucium probat, defendendam sufficiat, id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliud sensisse Ulpianum, aut nimiam solùm improbasse inæqualitatem, *d. l. 29. hoc tit.* Utut verò sit, usus hujusmodi conventiones sustinet, ut post Angel. Porc. & alios testatur *Vinnemb. hic, & in par. d. loc. add. Menoch. 2. de arb. jud. cas. 125.*

Ut alter pecuniam] Etiam uno pecuniam, altero operam conferente, societatem contrahi posse obtinuit, *leg. 1. C. hoc tit.* & quidem ita, ut dicitur, ut lucrum inter eos commune sit. Quippè cùm sæpè opera alicujus tanti sit, quanti pecunia est. Tritum est illud Plauti, *Asinar. 1. sc. 3.* 3

Par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia. Cui simile illud in *leg. 52. §. 1. eod. Pretium operæ & artis est levamentum, id est, εὔκαμα.* Varro apud Non. *Amussis est, æquamen, levamentum.* In codice Hetrusco præpostero litterarum ordine scriptum est *Velamentum*. Nimirum qui artem operamve præstat, non minus præstare creditur, quàm is qui pecuniam confert. Quod de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis, & similibus intelligi debet, *d. l. si non fuerint 29. §. 1. hoc tit.* Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exerceatur; alter operam duntaxat, qui proficiscatur ad merces emendas, emat, & vendat; ut sic deinde lucrum commune sit. Cæterum hæc collatio non uno modo fit. nam aut opera confertur cum solo pecuniæ usu, quo casu sors domino perit: & si salva est, domino salva est: aut opera confertur cum ipso domino pecuniæ; quo casu qui operam impendit, particeps fit sortis. In prima specie comparatur cum opera, non sors, sed periculum amittendæ sortis & lucrum, quod ex ea probabiliter sperari poterat. In altera operæ pretium habetur quasi sorti adjectum, & pro eo quod valet in ipsa sorte partem habet, qui operam præstat; ut eleganter *Grot. 2. de jur. bell ac pac. 12. num 24. Covar. 3. var. resol. 2.* Atque hinc sumenda decisio quæstionis agitatæ apud Interpretes in *leg. 1. C. hoc tit.* utrùm in hoc genere societatis pecunia collata communicetur, nec ne; & consequenter: utrùm finita societate, ea etiam inter socios dividenda sit, an is, qui contulit, eam percipere debeat. Cui similis est altera; utrùm in hujusmodi specie damnum pecuniæ amissæ commune sit; an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. De quo laborant *Gail. 2. obs. 24. n. 6. Fachin. 2. contr. 93. & 95. Christin. vol. 3. decis. 51. n. 4. & vol. 1. decis. 207. n. 8. & seqq.*

Lucri partem ferat, de damno non teneatur] Ut sociorum aliquis lucri sit particeps, immunis damni, præter naturam est societatis. Potest tamen ita conveniri sine injuria: nam secundùm Cassium & Sabinum talis conventio iniqua non est, si tanti sit opera, quanti damnum est, id est, si tanti est illud, quod impenditur & perditur operæ, quanti est damnum acceptum; *d. l. si non* 4

fue-

fuerint 29. §. 1. *hoc tit.* D. Grotius loco præcitato scribit: Mixtum esse hujuscemodi contractum ex societate & contractu avertendi periculi, quem assecurationem vocant; atque in eo ita servari æqualitatem, si tantò plus lucri ferat, quàm alioqui laturus fuerat, qui in se damnum recepit. Ait Justinianus *lucri partem*, disertè *partem*. Nam talis societas coiri non potest, ut unus lucrum tantùm, alter damnum aut damni partem sine lucro sentiat; *d. l.* 29. §. 2. quippe ita naturalis societati est lucri communio, ut sine ea nequeat societas consistere. Veteribus talis societas, ex qua quis damnum tantùm, non etiam lucrum expectat, leonina dicitur; *d. l.* 29. §. 2. appellatione proverbiali ducta ex Apologo Æsopi de leone, asino, & vulpe. Vid. Desiderium nostrum *in Chiliad*.

In alia re lucrum, in alia damnum] Lucrum non particulatim æstimatur, sed in summa summarum; hoc est, id demum pro lucro reputatur quod deducto omni damno atque impensis superest. Quemadmodum ex contrario damnum non intelligitur, nisi deducto omni lucro; *l.* 30. *h. t.* Itaque si inter duos inita sit negotiatio mancipiorum & boum, atque in illa damnum acceptum 100. aureorum, in hac lucrum factum 300. facta lucri & damni compensatione, reperietur superesse lucrum ducentorum, qui secundùm legem societatis dividi debent.

TEXTUS.

De partibus expressis in una causa.

3. *Illud expeditum est: Si in una causa pars fuerit expressa, (veluti in solo lucro, vel in solo damno) in altera verò omissa; in eo quoque, quod prætermissum est, eamdem partem servari.*

NOTÆ.

3. *Eamdem partem servari*] Quod totum pendet à paritate rationis, non à natura relatorum; ut plerique existimant.

COMMENTARIUS.

QUæ partes in causa lucri aut damni tantùm definitæ sunt, eædem etiam in causa omissa tacitè definitæ intelliguntur; verbi causa; si ea lege societas coita sit, ut ad unum duæ partes lucri, ad alterum una pertineret; tacitè actum intelligitur, ut easdem partes & in damno agnoscant: & si convenerit, ut partes lucri æquales sint; tacitè conventum intelligitur, ut damnum quoque pro æquis partibus commune sit. Idque locum etiam habet in societate conjugali; puta si pacto antenuptiali placuerit, lucra ex quæstu obvenientia æqualiter communicari: nam tunc damna quoque uterque conjugum ex æquo ferre debet; *Everhard. consil.* 197. *Christin. vol.* 3. *decis.* 51. *num.* 2. Ratio hujus juris afferri hæc solet; quòd id, quod generaliter dispositum est in uno correlativorum, etiam dispositum censeatur in altero; sed parum, ut mihi videtur, subtiliter. Neque enim à natura relatorum, sed à paritate rationis totum hoc pendet. quod etiam agnoscere videntur illi, qui non simpliciter, quod in uno correlatorum dispositum est, in altero quoque dispositum censeri tradunt; sed addito hoc temperamento, Quando utriusque par ratio est. *Bald. in l. fin. Cod. de ind. vid. toll. Jas. 1. Cod. de in jus voc. Christin. d. loc.*

TEXTUS.

Quibus modis societas solvitur. De renuntiatione.

4. *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint. At cùm aliquis renunciaverit societati, solvitur societas. Sed planè si quis callidè in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat; veluti si totorum bonorum socius, cùm ab aliquo hæres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, ut hæreditatem solus lucri faceret; cogitur hoc lucrum communicare. Si quid verò aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Et verò cui renunciatum est, quicquid omninò post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

NOTÆ.

4. *In eodem consensu perseveraverint*] *leg.* 5. *Cod. eod.* At invicem liberantur, si rebus adhuc integris omnium consensu à conjunctione discedatur juxta communem legem de tollendis obligationibus; §. *ult. sup. quib. mod. toll. obl.*

Cùm aliquis renuntiaverit] *l.* 63. *in fin. leg.* 65. §. 3. *hoc tit.* Hoc autem in contractu societatis jure singulari receptum, quia non benè convenit cum natura & conditione societatis, quæ veluti jus quoddam fraternitatis in se habet, *d. l.* 63. *eod.* aliquem invitum retinere in communione, quippe cujus materia discordias inter non consentientes excitare solet; *leg.* 77. §. 2. *de leg.* 2. Atque hoc idem obtinet, etiamsi ab initio convenerit, ut societas perpetuò duraret; *leg.* 14. *l.* 70. *eod.*

Si quis callidè] Qui dolo malo renuntiat; socios quidem à se liberat: se autem ab illis non liberat, damnique particeps, lucri expers manet *d. l.* 65. §. 3. *& seq.*

COMMENTARIUS.

1 *Quam rationem habeat, quod places: Vel unius è sociis renuntiatione societatem solvi, adeòque tunc etiam, cum in perpetuum coita est.*
2 *Quibus ex factis renuntiatio tacitè facta intelligatur.*
3 *Malitiosa renunciatio quatenus cui noceat.*

Socie-

SOcietas & mandatum in eo conveniunt, quòd proprio quodam jure & suis quibusdam modis solvantur: quos Justinianus, quoniam ab iis modis, quibus jure communi obligatio tollitur, remoti sunt, explicare voluit. In societate id facit hoc loco, mandato tit. seq. Societas proprio jure solvitur quatuor ferè modis; renuntiatione; morte; capitis minutione; egestate unius; *l. 4. §. 1. l. verum 63. §. ult. hoc tit.* quæ singula ordine latiùs declarabuntur.

Donec in eodem consensu] Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium perseverat; *l. 5. C. eodem:* Et siquidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab instituta conjunctione discedatur; secundùm communem legem de tollendis obligationibus, quæ consensu contrahuntur; invicem liberatur; *§. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* Sed illud proprium hujus contractus est, quòd etiam postquàm res integra esse desiit, id est postquàm jam collatio & communicatio facta est, ab eo recedi & vel unius voluntate potest: quo modo in specie dicitur societas dissolvi renuntiatione.

Cùm aliquis renuntiaverit societati] Hoc in contractu societatis jure singulari receptum est contra regulas communes de dissolvendis obligationibus; *l. 5. C. de obl. & act. l. 3. de resc. vend.* Idque duplici de causa; primùm quia socii offi-
1 cium invicem præstant, & accipiunt: deinde quia non benè convenit cum natura & conditione societatis (quæ rationem quamdam & jus fraternitatis habere creditur, *l. verum 63. pr. hoc tit.*) aliquem invitum retinere in communione; quippe cujus materia discordias inter non consentientes excitare solet; *leg. cum pater 77. §. dulcissimis 20. de legat. 2.* Adeò autem visum est, ex natura esse societatis, unius dissensu totam dissolvi, ut quamvis ab initio convenerit, ut societas perpetuò duraret, aut ne liceret ab ea resilire invitis cæteris; tamen tale pactum tamquam fictum contra naturam societatis cujus in æternum nulla coitio est; *l. nulla 70. hoc tit.* contemnere liceat, *l. 14. eod.* Nam quod Paulus scribit; *l. 1. eod.* Societatem etiam in perpetuum coiri posse; nihil aliud significat, quàm sine ulla temporis præfinitione, aut donec socii vivant: quæ conventio non hoc operatur, ut non liceat abire; sed ut solo lapsu temporis non finiatur societas. Porro autem renuntiatione dissociamur, aut voluntate aperta, aut tacita. Aperta, cum cæteris renuntiatur ut res suas sibi habeant atque agant *d. l. 63. in fin. eod.* Tacita voluntas renuntiandi tribus his fa-
2 ctis evidenter arguitur. 1. Novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta; *leg. actione 65. præc. eod.* quod etiam significat Ulpianus, cum dicit: Societatem etiam ab actione seu ab interitu actionis distrahi; *d. leg. 63. §. ult.* 2. actione pro socio ab uno adversùs alios instituta distrahendæ societatis causa; *d. l. actione, in pr. junct. §. pen. add. vat. vat, Salic. in leg. 5. C. eod.* 3. cùm separatim agere cœperint, & sibi quisque negotiari; *l. itaque 64. eod.* veluti si Typographi aliquot, qui antea communibus sumptibus libros imprimendos curabant; postea singuli domi suæ sibi imprimere cœperint, & commune impendium facere desierint, tacite renuntiasse societati intelliguntur.

Si quis callidè renuntiaverit] Quævis renuntiatio quantumvis insidiosa hactenus valet, ut renuntianti noceat, & liberet ab eo socios: at ex contrario non quævis renuntiantem liberat à sociis, sed ea solùm quæ injuria caret. Injuriam autem renuntiatio habet, non tantùm si callidè & malitiosè facta sit, cujus exemplum hic profertur: verùm etiam, quæ facta sit absenti, quoad is scierit; *leg. 17. §. 1. eod.* item si facta in- 3
tempestivè, id est, ante tempus conventum (nisi ex nova causa; *l. 14. & 2. seq. eod.*) aut eo tempore, quo res in communem negotiationem coemptas vendi non expedit; ita ut non privatim unius è sociis; sed societatis intersit eam non dirimi. Qui sic renuntiat; damni particeps, lucri expers manet; *d. l. 7. §. 1. l. actione 65. §. 3. 5. & 6. eodem.*

Veluti si totorum bonorum socius] Expressè mentionem tantùm facit socii omnium bonorum, qui propter hæreditatem obvenientem renuntiat; ut & Jurisconsultus in *d. l. actione*, §. 3. quoniam ut commodum hæreditatis uni acquisitæ communicetur, extra causam societatis omnium bonorum aut specialem conventionem locum non habet; *l. 3. §. 1. l. 7. eod.*

Quod non captaverit] Si renuntianti lucrum aliquod post renuntiationem obvenerit, quod in renunciatione non spectavit captavitque id communicare non cogitur: quia nec dolum in eo admisit, *d. l. actione §. 3.*

Cui renuntiatum est] Cui dolosè renuntiatum est; is nihil ejus lucri, quod post renuntiationem aliunde quæsivit, renuntianti communicare tenetur; quoniam avara & fraudulenta renuntiatio renuntiantem quidem à sociis non liberat; socios tamen liberat à renuntiante; *d. l. actione §. 3.*

TEXTUS.

De morte.

5. *Solvitur adhuc societas etiam morte socii: quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint: nisi in coeunda societate aliter convenerit.*

NOTÆ.

5. *Morte socii*] *L. 4. §. 1. leg. 52. §. 9. leg. 63. §. ult. l. 65. §. 9. eod.* adeò ut nec ab initio rectè paciscamur, ut hæres in societatem succedat; *l. 34. l. 59. eod.* quia & tale pactum naturæ societatis repugnat; *d. l. 65. §. 11.* exceptæ societates vectigalium; *d. l. 59.*

Nisi, &c. aliter convenerit] Id est, ut uno mortuo

tuo nihilominus inter superstites societas continuaretur; *d. leg. 65. §. 7.* Quamvis autem hæres in societatem non succedit; tenetur tamen actione pro socio ex obligatione antea nata: item ut bonam fidem præstet & acti etiam culpam in eo quod ex antegesto pendet; *d. l. 65. §. 9. l. 35. & seq. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur visum, ut morte vel unius è pluribus tota solvatur societas: & quò id pertineat: num. 3.*

2 *Ratam esse conventionem, ut mortuo uno, inter superstites societas perseveret.*

Etiam morte unius socii societas solvitur; *l. 4. §. 1. l. nemo 35. §. l. cum duobus, 52. §. idem 9. l. adeò 59. leg. verum 63. §. ult. l. actione 65. §. morte 9. hoc tit.* Et hoc genus distrahendæ obligationis societatis proprium est recedens ab illo communi, quo placet, heredem in eamdem obligationem & idem jus, quod defuncti fuit, succedere; *§. ult. præc. tit. l. hæres in omne 37. de acq. hær. l. hæreditas 62. de reg. jur.* sed admissum in societate ex natura hujus contractus: atque eadem ratione qua in mandato quoque placet, morte mandatarii solvi mandatum; nimirum quia in societate non tantùm rei familiaris, ut fere in aliis contractibus, verùm insuper etiam fidei & industriæ, quæ ad hæredes non transeunt, contemplatio versatur. Nam, ut in textu dicitur, *Qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*, cujus scilicet fidem, industriam, res & facultates sequatur. Usque adeò autem morte socii dirimi societatem placet, ut nec ab initio pacisci possimus, ut hæres in societatem succedat; *d. l. nemo 35. d. l. adeò 59. hoc tit.* quasi & tale pactum naturæ societatis repugnet, ut quis invitus socius efficiatur, cum non vult, *d. l. actione §. societas 11. eod.* Exceptæ tamen sunt societates vectigalium, in quibus hujusmodi conventiones ob publicam utilitatem admissæ: manetque hoc casu societas etiam post mortem; nisi fortè is mortuus sit, cujus contemplatione potissimùm societas coita, aut sine quo ea administrari non possit; *d. l. adeo 59. l. verum 63. §. in hær. C. eod.*

Sed & si consensu plurium] Etsi plures, quàm duo societatem coierint, & unus tantùm ex his mortuus sit; totam tamen societatem dissolvi placet: id est, non tantùm dissolvi quod personam hæredis defuncti; sed ita ut nec qui supersunt societati obligentur, *d. l. actione 65. §. morte 9. hoc tit.* Ratio est; quoniam cum plures societatem coeunt, alii aliorum contemplatione ad eam accedunt: ut proinde vel uno sublato, ampliùs in societate manere nolle videantur.

2 *Nisi in coeunda societate aliter convenerit*] Si in contrahenda societate inter plures nominatim convenerit, ut uno mortuo nihilominus inter eos, qui superstites futuri sint, societas maneat rata est inter vivos & consentientes conventio; *d. l. actione, §. morte.* Neque, quod putat D. Hotomannus, hanc conventionem Ulpianus improbat *leg. 35. cum duobus 52. §. idem 9. l. adeo 59. eod.* Confundit Hotomannus duo dissimilima pacta, pactum, quo placet hæredem in societatem succedere; quod ab Ulpiano improbatur; & pactum, quo inter plures societatem contrahentes cavetur, ut uno mortuo inter superstites societas concinuetur. Quod valere post Paulum in *d. l. actione §. morte*, tradit Justinianus hic. Illud obiter monendi sumus: cum morte socii solvi dicitur societas; id non eò pertinere, ut hæres socii non teneatur actione pro socio ex ea obligatione, quæ stante societate nata est: aut ut non proponatur in eum actio, ut bonam fidem præstet, & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet; *d. l. nemo 35. & l. seq. d. ll. verum 63. §. in hæredem 8. d. l. actione, l. morte. hoc tit.* sed ut intelligamus; hæredem neque socium esse, neque in ullam partem commodi aut incommodi, quod ex ea societate esse possit, in reliquum tempus vocari.

TEXTUS.

De fine negotii.

6. *Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est; finitur societas.*

NOTÆ.

6. *Finis negotio impositus*] *d. l. 65. §. 10.* Si ad certum tempus contracta sit, solvitur exacto tempore; *d. l. 65. §. 6.*

COMMENTARIUS.

Si societas certæ alicujus negotiationis causa inita sit; puta vini aut frumenti ad certam quantitatem emendi vendendique; fine negotio imposito, id est, empto distractoque vino aut frumento, societas extinguitur; *d. l. actione 65. §. item si 10. d. l. nemo 63. §. ult. eod.* Sed in eo nihil proprium videtur societatis: utpote cui ea lex ab initio dicta sit. Idem est, si ad certum tempus contracta sit societas: nam ex acto tempore ea expirat; *fac. d. l. actione, §. item qui 6.*

TEXTUS.

De publicatione.

7. *Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est; scilicet si universa bona socii publicentur: nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.*

NOTÆ.

7. *Publicatione*] *d. l. 65. §. 12.* quod aliàs dicitur capitis deminutione; *l. 4. §. 1. l. 63. §. ult. eod.* maxima nimirum & media, quæ similes morti, *d. l. 63. §. ult.*

COMMENTARIUS.

Quod Paulus *dicta leg. actione. §. publicatione 12. hoc tit.* unde hic locus desumptus est, dicit: Publicatione bonorum socii distrahi societatem; hoc Modestinus & Ulpianus dixerunt: Societatem solvi capitis deminutione: *l. 4. §. 1. d. l. verum 63. §. ult. eod.* Intelligunt enim capitis deminutionem maximam & mediam, cum socius severitate sententiæ aut in servitutem redigitur, aut in insulam deportatur; quo casu bona damnati publicari solent; *l. 1. de bon. damn. l. 8. §. 1. & 2. qui testam. fac.* Poterat hæc species dissociationis etiam ad præcedens genus referri; ad eam videlicet, quæ morte socii contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta est; hi jure civili pro mortuis habentur: eòque pertinet; quod dicitur in *d. l. verum §. ult.* Homines interire aut morte, aut maxima & media capitis deminutione. Sed & alia ratione ad sequens genus referri potest.

Alius succedat] Intellige fiscum, qui bona damnatis ablata occupat; & sibi vendicat, *leg. ultim. de bon. eor. qui ante sent. vel mort. sibi consciv. &c.*

TEXTUS.

De cessione bonorum.

8. *Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, & ideo propter publica & privata debita substantia ejus veneat; solvitur societas. Sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem; nova videtur incipere societas.*

NOTÆ.

8. *Bonis suis cesserit*] *dict. leg. 65. §. 1.* Hoc Modestinus dixit: Egestate dissociari; *l. 4. §. 1. eod.*

Si adhuc consentiant] Potest enim renovari societas cum eo, qui civis manet, bonaque iterum acquirere potest vel operis suis vel alieno beneficio; *l. 6. de cess. bon.*

COMMENTARIUS.

Postremò etiam egestate unius socii societas solvitur; *l. 4. §. 1. hoc tit.* egestate scilicet extrema, id est bonorum omnium, aut tantùm non omnium admissione. Nam cùm societas contrahatur bonorum in commune quærendorum causâ: non magis bonis sublatis societati locus esse potest, quàm sublata persona socii. Amittuntur bona aut civitate salva; veluti cessione, id est, si socius ære alieno oppressus bonis suis creditoribus cesserit, eaque à creditoribus distracta fuerint; *l. 3. de cess. bonor.* ac tum etiam societatem dirimi placet; *hoc text. & d. l. actione 65. §. 1. eod.* aut civitate unà cum bonis amissa; ut in specie præcedente: nam publicatione bona amitti, ipsum verbum publicationis satis indicat; eaque consideratione illa quoque ad hanc rationem dissolvendæ societatis referri potest. Sed & decoctione bona amittuntur & pereunt. Cæterum decoctione sola societatem solvi negat Stracha *de decoctor. part. 2. n. 47.* nisi ea ad manifestam egestatem socium redegerit; *arg. d. l. 4. §. 1.* Quod & D. Tuld. probat *comm. hic cap. 8.* Non puto autem, quod hic traditur de dissolutione societatis ob amissionem bonorum locum habere eo casu, quo nihil pecuniæ in societatem collatum est: aut quo ille, qui operam tantùm contulit, bona salva civitate amisit, nisi fortè ob bona amissa spectatam operam præstare nequeat.

Si adhuc consentiant] Nihil prohibet, cum socio, qui bonis cessit, renovare societatem: quippe qui cùm civis maneat, alia bona acquirere potest, vel operis suis vel alieno beneficio; *l. 6. de cess. bon.*

TEXTUS.

De dolo & culpa à socio præstandis.

9. *Socius socio utrùm eo nomine tantùm teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est: an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine; quæsitum est. Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibique hoc imputare debet.*

NOTÆ.

9. *Socius socio*] Ex Cajo *l. 72. h. t.* Actio pro socio ex utroque latere directa est: nam utriusque socii par est conditio.

Etiam culpæ nomine teneri] Ratio est: quia commodum societatis ad omnes socios pertinet; quæ res eos apertè separat à depositario, qui onus tantùm sustinet, commodi nihil expectat; *l. 5. §. 2. commod.*

Qualem suis rebus adhibere] Id est, mediam, qualem plerique patresfam. suis rebus adhibent; *l. 11. de per. & comm. rei vend. l. 35. §. 4. de contr. empt. l. 14. de pign. act.* Levem itaque culpam, non etiam levissimam socius præstat. Quod & ipsum convenit regulæ de contract bus, qui utriusque gratia fiunt; *d. l. 5. §. 2. commod.*

De se queri] Eadem ratione utitur *sup. §. ult. quib. mod. re cont. obl.* ad excludendam culpam levem. Certior est illa, quam modò attulimus: quòd in hoc contractu omnium versatur utilitas.

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Nullam videri probabilem rationem dubitandi, utrùm socius socio doli dumtaxat, an etiam culpæ suæ negligentiæ nomine obligetur.*

2 *Ad quem diligentiæ gradum culpa in judicio societatis exigenda.*

3 *Nodus Gordius, quem nectit* leg. 32. depos. *solutus.*

4 *Fortior ratio, ob quam socius mediæ præstatione diligentiæ obstringitur, quàm quæ hic in calce affertur.*

1 HÆc etiam sunt apud Cajum *l. socius 72. hoc tit.* cujus verba huc transtulerunt Compositores. Habet autem hic locus majorem difficultatem, quàm vulgò Interpretes opinantur. Illud constat, societatem esse ex numero eorum contractuum, qui utriusque contrahentis gratia fiunt in quibus juxta regulam traditam in *l. 5. §. 2. commod.* (ubi nominatim quoque societatis mentio fit) & dolus & culpa præstatur. Sed & illud certum est, appellatione culpæ, quoties ea absolutè ponitur, aut dolo opponitur, levem perpetuò significari: latam culpam comprehendi nomine doli; *vid. sup. 2. quibus mod. re contr. obl.* Quapropter nulla videtur esse probabilis dubitandi causa, utrùm socius doli nomine dumtaxat, sicut depositarius; an verò etiam ob culpam seu desidiam ac negligentiam teneatur: quod tamen quæsitum esse ait hic Justinianus, & ex Veteribus Ulpianus in *l. cum duobus 52. §. 2. eod.* Illa sanè dubitandi ratio satis justa non est, quòd socius propter suam partem causam habet gerendi: siquidem hoc à culpa neminem excusare potest; sed tantùm facit, ut culpa non æstimetur opposita diligentiæ summi gradus, id est, ne præstetur culpa levissima; *leg. hæredes 25. §. non tantum 26. fam. ercisc.* Fortassis ideò de eo dubitatum putaris, quia ut in calce hujus §. *& d. l. socius 72.* dicitur, is qui parum intelligentem socium sibi adscivit, de se queri suæque id facilitati atque incuriæ imputare debet. Et sanè hanc rationem Justinianus & Gajus alibi afferunt, tamquam ob quam placeat, depositarium dolum tantùm, non etiam

2 culpam aut negligentiam præstare: *§. pen. sup. quibus mod. re contr. obl. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* Verùm iidem hoc loco, *& d. l. socius*, eo argumento utuntur, non ut probent, socium de dolo tantùm teneri: sed ut probent, eum compellendum non esse ad præstandam exactissimam diligentiam; sive, quod idem valet, sufficere si mediam diligentiam adhibuerit, & culpa, exigenda ad communionem hominum modum, careat. Sed non est, quod in eo nos torqueamur, cùm alia & certa ratio sit, quæ manifestè efficiat, ut in societate non modò dolus, sed etiam culpa præstetur; nimirum quia ut jam diximus, commodum societatis ad omnes socios pertinet: quæ res etiam apertè socios separat à depositario, qui onus tantùm sustinet, commodi nihil expectat. Cæterum in hoc posita non est tota hujus loci difficultas.

Qualem suis rebus adhibere solet] Didicimus, socium socio non modò eo nomine teneri, si quid dolo commiserit; verùm etiam nomine culpæ ac desidiæ: atque in hoc distare socium ab eo, cui res custodienda data est, seu depositario qui dolum præstet dumtaxat. Porrò nunc docemur: ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio societatis examinanda sit; quod & ipsum dubio carere videtur, si in societate quoque regulam de contractibus, quæ utriusque utilitatem tangunt, servari placet, & culpæ nomine ex usu juris Auctorum levem tantùm accipimus, non etiam levissimam. Ait Justinianus: Culpam in societate non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse; sed sufficere talem diligentiam communibus rebus socium adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Quæ sunt ipsissima verba Gaii in *d. l. socius 72. hoc tit.* Hic verò nobis penè idissolubilem nodum nectit responsum Celsi in *l. quod Nerva 32. depos.* ubi Jurisconsultus refert & probat, quod Nerva dixit: Latiorem culpam eorum esse, scilicet vi & effectu, ut non minùs, quàm dolus in deposito præstetur. Hujus autem culpæ reum esse ait, qui minùs diligens est in rebus alienis, quàm in suis; sive ut loquitur Jurisconsultus, qui non ad suum modum curam in deposito præstat. At nihil amplius Justinianus à socio exigere videtur; inter quem tamen & depositarium hanc ipse differentiam antea constituit: quòd socius præter dolum etiam culpam & negligentiam præstet; depositarius non item. Et cujus igitur rei præstatio socium à depositario segregat? Non aliter videtur hic, nodus expediri posse, quam si dicamus: Jurisconsultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentiùs habet, quàm suam, ponere in lata culpa & proxima dolo, quam etiam præstet depositarius; aliquando verò id factum adscribere culpæ levi & negligentiæ, quam præstet socius, depositarius non præstet. Illud Celsus facit in *d. l. quod Nerva, depos.* hoc alii passim ut Justinianus hic. Gajus in *dic. leg. socius 72.* item Paulus *leg. hæredes 25. §. non tantum 16. famil. ercisc. leg. in rebus 17. de jur. dot.* & Ulpianus *l. 1. de tutel. & ration. distr.* Sed animadvertendum est: Celsum expressè proponere ignavum aliquem & dissolutè negligentem, id est, talem, qui nec, ut ait ipse, ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desiderat. Hunc ait, si ne ad suum quidem modum curam rei alienæ præstet, reum esse culpæ latioris, doloque proximum. Et meritò; quoniam nullum hic aliud extremum dari potest. At extra hunc casum, in homine videlicet diligenti ad communem modum, seu bono alioqui & frugi patrefam. si quando is consuetam in suis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiserit; levem culpam id reputabimus: atque omnino existimandum est, curam diligentis hominis considerari, quoties simpliciter ea diligentia in re aliqua ab aliquo exigitur, quàm præstare solet

olet in rebus propriis; *argum. d.l.quod Nerva, dep.*

De se queri sibique hoc imputare] Hæc ratio efficere videtur, ut ne media quidem diligentia à socio exigenda sit; per *l.1.§.is quoque 5. de oblig. & action. & §.pen. sup. quib. mod. re contr. obligat.* sed in societate ea ratio idcò id non evincit, quia ex adverso alia est & fortior, ob quam justum sit socium præstatione mediæ diligentiæ adstringi; nimirum quia in hoc contractu omnium versatur utilitas: tantùm hoc efficit, ut à socio non sit exigenda diligentia summa atque exactissima, quam fortè aliquis putet à socio præstandam esse, propterea quòd ea societatis natura est, ut diligentiam quamdam atque industriam sociorum desideret, quam ipsam etiam singuli in se suscipere & tacitè promittere videantur.

TITULUS XXVII.

DE MANDATO.

Dig. Lib. 17. Tit. 1. C. Lib. 4. Tit. 35.

Continuatio. Definitio mandati, ejusque per partes explicatio: & alia scitu in primis necessaria.

SUpereſt contractum qui consensu obligationem pariunt, species quarta & postrema; Mandatum videlicet. Mandatum [quod à manu, quæ fidei symbolum est, dictum putatur] est contractus, quo aliquid gratuitò gerendum committitur & suscipitur. Ajo *gerendum*; quoniam mandare non est quovis modo committere, sed committere aliquid gerendum: quo admonemur, commendare aliquem non esse mandare; eumque, qui simpliciter amicum commendat, non obligari, etiamsi quid in eum propter commendationem istam collatum fuerit; *fac. leg. si vero 12. §. cum quidam 12. hoc tit.* unde vulgò dicitur: Verba aut scripta commendatitia non inducere obligationem mandati; *leg. fideicommissa 11. §. 2. de legat. 3.* An & quatenus qui obligetur ex litteris credentiæ vel commendatitiis in favorem alterius scriptis, si eatum contemplatione quid creditum sit; *vid. Gomez. 2. var. resol. 13. num. 5. Christin. vol. 3. decis. 35. num. 6. Gloss. & DD. in leg. si litteras, Cod. hoc tit. leg. Lucius 24. de fidejuss. leg. si vero 12. §. cum quidam 12. hoc titul.* Ajo, *Committitur & suscipitur*. Nam mandatum uno rogante, altero recipiente perficitur. Etsi enim mandatum verbi proprietate tantùm designet factum mandantis; tamen pro toto contractu passim accipitur & facto utriusque; veluti cum dicimus, mandatum contrahi, mandatum gratuitum esse oportere, obligationes, actiones mandati, &c quod & in aliis appellationibus observatur, ut in stipulatione, acceptilatione, fidejussione. Cur dixerim *gratuitò*; exponam *inf. sub §. ultim.* Suscepto mandato, statim ex consensu nascitur obligatio: & qui suscepit, susceptum consummare, & vicissim qui mandavit eum indemnem præstare debet; eoque nomine mandanti competit actio mandati directa; mandatario contraria; *pass. Pand. & Cod. hoc tit.* Cùm autem mandati obligatio consensu consistat; consequens est, posse & per nuntium & per epistolam mandatum contrahi: nec referre, quibus verbis interponatur, *Rogo*, an *Volo*, an *Mando*, an quo alio, ex quo mandatum intelligatur; *l. 1 pr. §. 1. & 2. eodem.* Quin interdum etiam tacitè mandatum contrahi intelligitur; veluti si patiar aliquem pro me fidejubere, aut ab alio mandari, ut mihi credatur; *leg. 6. §. 2. leg. qui patitur 18. eod.* Præmittuntur hoc titulo varii fines & formæ mandandi; materia; effectus; contraria; accidentia: & affinia dein sequuntur.

TEXTUS.

Divisio à fine.

Mandatum contrahitur quinque modis; sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet: sive sua & tua; sive aliena tantum; sive sua & aliena; sive tua & aliena. At si tua tantùm gratia tibi mandatum sit; supervacuum est mandatum: & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

NOTÆ.

Mandatum contrahitur) Ex Cajo *l. 2. h. t.* Mandare est gratuitò aliquid gerendum committere *vide inf. in comm.*

COMMENTARIUS.

MAndatum varias recipit divisiones. Nam aliud est expressum, aliud tacitum; *l. 6. §. 2. l. quis patitur 18. hoc tit.* Ab objecto dividitur in generale, quod universa alicujus negotia continet: & speciale, quod quædam, aut unum tantùm. Illud vulgò subdividi solet in generale simplex, & cum libera: de quo nonnihil diximus sub *§. nihil autem 42. sup. de rer. divis.* Hoc etiam pro conditione negotiorum, prout illa aut judicialia aut extrajudicialia sunt, distingui potest. Hinc alia proponitur divisio sumpta à fine, eaque quinquepartita: quòd scilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantùm gratia; vel mandantis & mandatarii;

datarii; vel aliena tantùm; vel mandantis & aliena; vel mandatarii & aliena. Quæ eadem extat apud Gajum *l.2.hoc tit.* unde etiam sequentes §§. descripti sunt. In quibus singulæ istę formę exemplis illustrantur. Poterat hic addi & sexta species: quando trium personarum gratia mandatum intervenit, mandantis, mandatarii, & aliena; cujus exempla in *l.8. §.3. & 4. eod.*

At si tua tantùm gratia] Quod mandatum solius mandatarii gratia interponitur, forma tantùm externa mandatum est, revera consilium potiùs quàm mandatum; & ideò vim obligandi non habet; vid. *inf. §. tua tantum. 6.*

TEXTUS.

Si mandantis gratia mandetur.

1. *Mandantis tantùm gratia intervenit mandatum; veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes.*

COMMENTARIUS.

1 *An & quando valeat mandatum incertæ rei.*

EXempla primæ speciei, seu ejus mandati, quod solius mandantis gratia intervenit; ex Gajo *d.l.2. §.1.hoc tit.* Apud Gajum pro eo, quod hic legitur *sponderes*, est *fidejuberes*: quod à Triboniano repositum existimat Hotomannus, cùm Veteres *spondere* dixerint, pro *fidejubere*; quasi apud Gajum & alios ejusdem ætatis, ut Javolenum, Julianum, non sæpiùs *fidejubere*, quàm
1 *spondere* invenias. Locus hic alioqui planus est. Enim verò occasione exempli mandati de fundo emendo quæritur: An mandatum rei incertæ valeat; puta si quis generaliter mandaverit, sibi emi servum aut equum; vel si quis mandaverit sibi emi fundum aut domum sine demonstratione possessoris loci modi, aut magnitudinis. Et probandum, in prioris generis mandato non esse eam incertitudinem, quæ mandatum vitiet. in posteriore esse infinitam, quæ non patitur mandatum valere; *arg. leg. cum post.69. §.4. de jur. dot. l. ita stipulatus 115.pr. de verb. obl.leg.si domus 71.pr.de legat. 1,* add. quæ disputamus sub §. *si generaliter 22. sup. de leg.* Planè si per relationem aut analogiam de modo prædii constare potest; puto mandatum consistere: veluti si mandavi domum emendam habitationi meæ, vel agrum, unde frumentum annuum victui meo suppetat. Illud constat, non obesse mandato, quod pretium rei emendæ statutum non est: intelligitur enim, judicio mandatarii id relictum esse secundùm æstimationem communem; *leg.3. §.1. hoc tit. D. Tulden. comm. hic c.2.*

TEXTUS.

Si mandantis & mandatarii.

2. *Tua gratia & mandantis; veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris credas ei, qui in rem ipsius mutuaretur: aut si volente te agere cum eo, ex fidejussoria causa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis: vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo; quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.*

NOTÆ.

2. *Ut pecuniam sub usuris*] Hic manifestè versatur & mandantis commodum, & propter lucrum usurarum etiam mandatarii; *d.l.2. §.4.*

Ex fidejussoria causa] Nam jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit; *l.5. C. de fidejuss.* quod mutatum *Nov.4.* Commodum hic creditoris mandatarii in eo, quod judicium cum reo instituitur periculo mandantis: cùm absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur; *leg. ult. Codic. de fidejussor.* ubi demum id jus abrogatur. Exemplum hoc est in *l. 22. §. 2. l.45. §. ult. h. t.*

Quem tibi deleget] Hoc mandatum in rem mandantis interponitur: quia bonum nomen facit creditor, qui delegatum admittit, propter novationem: *l.26. §.2. eod.* Et in rem mandatarii; quia novus debitor ita substituitur, ut nihilominùs ex mandato agi possit in id, quod minùs ab illo servari potuit; *d. l.22. §.2. d. l.45. §. pen.*

COMMENTARIUS.

SEcundæ speciei, seu mandati, quod in rem mandantis fit & simul mandatarii, tria exempla hic proferuntur. Primum est: Si mandem alicui, ut sub usuris pecuniam credat ei, qui eam in rem & utilitatem meam mutuaturus sit. Hic manifestum est versari mandantis commodum, & propter lucrum usurarum etiam mandatarii: habet hoc exemplum & Gajus in *l.2. §. tua & mea. 4. hoc tit.* Alterum exemplum est: Si fidejussor, metuens ne ex causa fidejussoria conveniatur, mandet creditori, ut cum reo potiùs agat suo mandantis periculo. Commodum hic fidejussoris mandantis in eo, quod judicio liberatur: cùm alioqui agi cum eo ex causa fidejussionis potuisset, reo principali neglecto; siquidem jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit: *l.5.C.de fidejuss.* de quo alio loco dictum est. Commodum creditoris mandatarii in hoc, quòd judicium instituitur periculo mandantis; cum quo postea mandati agi potest in id, quod à reo servatum non erit; cùm absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur secundùm tenorem juris antiqui; *leg. ult. C. de fidejuss.* ubi demum id jus ab Imperatore abrogatur: quod vix unus & alter animadvertit. Tertium exemplum est: Si

is, qui

is, qui centum debebat, cupiens ea obligatione liberari, rogavit creditorem, ut ea centum suo mandantis periculo stipularetur à Titio, quem in hoc creditori deleget. Hoc etiam mandatum in rem utriusque interponi intelligitur: in rem debitoris mandantis; quia ea delegatione fit novatio, atque ex priore causa debitor liberatur: in rem creditoris mandatarii; quoniam novus debitor ita substituitur, ut nihilominùs ex sequenti mandato cum priore agi possit in id, quod minùs ab illo servari potuit. Duo posteriora exempla sunt etiam apud Paulum, *l. si mandavero 22. §. 1. l. si mandatu 45. §. pen. & ult. hoc tit.*

TEXTUS.

Si aliena.

3. *Aliena tantùm causa intervenit mandatum; veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.*

NOTÆ.

3. *Aliena tantùm causa*] Particula taxativa *tantùm* & apud Cajum bis expressa est; *d.l.2.pr. & §. 2.* eamque & Th. agnoscit ut mirum sit, Hotomannum & Pac. censere delendam vel ideò, quòd eam Cajus non habet.

Ut Titii negotia gereres, &c.] In his exemplis etsi ab initio nihil interest mandatoris, tamen ex post facto ut intersit fieri potest: nempe cum ex gestu tuo mandato Titio obligari cœpit nomine negotiorum gestorum; *l. 28. de neg. gest.* Non obstat igitur *l. 8. §. 6. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Adversùs speciem hic propositam quæ difficultates moveantur.*
2 *Earum difficultatum remotio.*

1 Afferuntur hic ex Gajo *l.2. §. 2. hoc tit.* exempla tertiæ speciei, seu mandati aliena tantùm gratia interpositi: quæ species difficultate non caret. Etenim explorati juris est, nemini actionem competere, nisi ei, cujus intersit; *l. qui fundum 32. locat. §. alteri 18. sup. de inut. stip.* quod & nominatim in causa mandati cautum; *leg. 8. §. mandati 6. hoc tit.* ubi Ulpian. sic scribit: *Mandati actio tunc competit, cum cœpit interesse ejus, qui mandavit: cæterum si nihil interesset, cessat mandati actio: & eatenus competit, quatenus interest.* Atqui ut Titii negotia gerantur, ut Titio fundus ematur, ut quis pro Titio fidejubeat (quæ sunt exempla hujus §.) nihil interest mandatis: utique si Titius qua Titius, & negotium qua alienum dumtaxat consideretur: quo sensu alibi dicitur: Nihil interesse mea, Titio dari *d. §. alteri l. stipulatio ista 38. §. alteri 17. de verb. obl.* Et omnino fatendum est, eum qui mandavit, actionem mandati non habere, nisi ipsius intersit. Sed respon-
2 demus: illud mandatum dici aliena tantùm gratia intervenire, quod ut fiat, statim & ab initio nihil interest mandatoris; neque enim ut mandati actio aliquando competat exigitur, ut mandatoris intersit, quo tempore mandatum interponitur; sed sufficit, quandocumque ex postfacto incipere interesse. Ut ecce: possum tibi mandare, quod fieri mea initio nihil interest, ut Titii negotia geras, & competet mihi tecum actio mandati, ubi mea interesse cœperit, id est, cùm ex gestu tuo Titio obligari cœpero nomine negotiorum; *l. si quis 28. de neg. gest.* Mandavi tibi, ut Titio pecuniam crederes, cùm mea pecuniariter non interesse Titio credi: si non credideris, concedo nullam mihi tecum esse actionem mandati. At si tu mandatum meum secutus (neque enim necesse est, te explorare, utrùm mea intersit, necne) pecuniam credideris: quoniam jam ego tibi teneri incipio actione mandati contraria, tu quoque vicissim mihi teneberis directa, si non ex bona fide omnia gessisti, *l. 6. §. si tibi 4. hoc tit.* Quod verò apud Ulpian. *d. l. 6. §. planè 5.* traditur: Etsi mea non interfuit quod tibi mandavi, tua tantùm interfuit: mandati tamen actionem esse, si non esses facturus, nisi ego mandassem; de contraria mandati actione intelligendum est, quæ quibusdam casibus competit, etiam ubi nulla directa est; ut in specie *l. si hereditatem 32. in pr. eod.* Hæc mihi expeditiora videntur quàm illa aliorum, quod ab initio etiam huic formæ mandati implicatum est commodum & interesse mandantis: dixi autem, aliena tantùm gratia id interponi, non quia in proposito non simul interveniat causa mandantis, sed quia causa aliena hic principalis; vel ut alii, quia persona aliena dumtaxat mandato comprehensa est: quam interpretationem vix admittit *d. l. 6. §. 4.* & respuere videtur particula taxativa: Tantùm, quæ bis etiam apud Cajum expressa est *d. l. 2. pr. & §. 2.* ut mirer, Hotomannum & Pacium censuisse delendam vel ideò, quòd eam Cajus non habet.

TEXTUS.

Si mandantis & aliena.

4. *Sua & aliena; veluti si de communibus suis & Titii negotiis gerendis tibi mandet; vel ut sibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio sponderes.*

COMMENTARIUS.

Exempla speciei quartæ item ex Gajo *d. l. 2. §. 3. hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget.

TEXTUS.

Si mandatarii & aliena.

5. *Tua & aliena; veluti si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes, quia si sine*

usuris pecuniam crederes, aliena tantùm gratia intercedit mandatum.

COMMENTARIUS.

Exemplum speciei quintæ, sive mandati interpositi in rem mandatarii & alienam; quod ipsum apud Gajum est *d. l.2. §.5. hoc tit.* Mandatarii hic interest propter quæstum usurarum: alieni propter usum pecuniæ. Incidit autem hæc species in eamdem dubitationem, quam habet tertia superiùs proposita *§. aliena* 3. ubi dubitationem sustulit; & illinc igitur petere licebit; quod etiam hic respondetur.

TEXTUS.

Si mandatarii.

6. Tua tantùm gratia intervenit mandatum; veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emptione potius prædiorum colloces, quàm fœneres: vel ex diverso, ut pecunias tuas fœnere potiùs, quàm in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium quàm mandatum est; & ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur; cùm liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes; quamvis non expediat eam tibi emisse, vel credidisse; non tamen tibi mandati tenetur. Et adeò hæc ita sunt, ut quæsitum sit: An mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares. Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quàm si tibi mandatum esset.

NOTÆ.

6. *Nemo ex consilio mandati obligatur*] *d. l.2. §. ult.* nisi fraus consilio subsit. Nam qui consilium dat, fidem præstare tenetur; Cic. 16. *ad att.* 8. Consilii autem non fraudulenti nulla est obligatio; *l.47. de reg. jur.*

Si otiosam pecuniam] Id est, sterilem; *l. 7. de usur.* seu vacuam; *leg.28. depos. leg. 24. de præscr. verb.* quæ domino nullum fructum affert; *l.13. §. 1. de usur.*

Vt pecuniam Titio fœnerares] Cum demonstratur persona; mandatum est; cum indefinitè mandatur; consilium; ut & Placentino videtur.

Obligatorium esse] Propterea quòd hic auctor tuus fidem suam pro persona designata interponere videtur; tu qui credis, fidem illius sequi, aliter non crediturus. Si quis autem non simpliciter affirmavit idoneum esse eum, cui pecunia mutua dabatur; non interveniente mandato aut consilio de credendo, mandati non tenetur; *l.2. de proxenet. l.7. §. ult. de dol.*

COMMENTARIUS.

1 *Mandatum quid differat à consilio.*
2 *Interdum mandatum solius mandatarii gratia interpositum consilii fines excedere.*
3 *Neminem ex consilio, si fraus absit, teneri.*
4 *Applicatio l.6. §.5.* hoc tit.
5 *Si quis alicui suaserit, ut pecuniam certæ personæ credas; tale consilium instar mandati haberi.*
6 *Tollitur difficultas, quæ ex verbis Iustiniani oritur.*

Quod mandatum solius mandatarii gratia fit, 1
magis consilium quàm mandatum est. Differt enim mandatum à consilio. Mandatum pars quædam voluntatis est, ut quid fiat: consilium non est. Qui mandat, vult, & urget ut fiat quod mandatum est. Qui dat consilium, consultoris arbitrio rem permittit; neque utrùm fiat, necne, laborat. *Chrysostom. de virgin.* ὁ μὲν συμβουλεύων ἀφίησι τὸν ἀκούοντα κύριον εἶναι τῆς τῶν πραγμάτων αἱρέσεως, καταλείπων τῇ φιλανθρωπίᾳ. Proinde cùm in specie proposita mandatoris nihil intersit, aut interesse possit, utrùm alter mandatum ejus sequatur, necne; consuli potiùs; quàm mandari videtur negotium, quod eum tantùm cui mandatur tangit. Et licèt hoc quoque nomen mandati 2
habeat; vim tamen & effectum non habet, & revera species mandati non est, sed consilii, cujus nulla est obligatio; *hoc text. l.2. pr. & §. ult. eod. l.6. §. planè 5. l. Quintus 48. §. ult. eod.* Planè potest mandatum solius mandatarii causa interpositum tale esse, ut excedat terminos simplicis consilii; & tunc etiam obligatorium est. Exemplum habemus apud Julianum *l. si hæreditatem 32. pr. eod.* Mandavit mihi aliquis, ut hæreditatem adirem; cavitque insuper damnum præstari, cùm aliter aditurus non essem: si adierim, & damnum sensero, erit eo nomine mihi cum eo actio mandati. Plura ejusdem generis exempla fingi possunt.

Quia nemo ex consilio mandati obligatur) Ex con- 3
silio dato neminem obligari placet, etiamsi id consilium non expediat ei, cui datum est: cùm liberum sit unicuique, apud se explorare, an expediat nec ne sibi consilium sequi; *d. l.2. §. ultim.* Cæterum hoc ita, si à consilio absit dolus: nam si dolus & calliditas intervenerit; utique de dolo actio in eum competit, qui consilium fraudulentum, quo alteri nocitum est, dedit; *l. consilii 47. de reg. jur. fac. l.8. l. si legatarius 23. l. cum quis 31. de dol. l.2. de proxen.* Ut ut enim ex consilio nemo obligetur ad hoc, ut præstet eventum; fidem tamen præstere debet; & si fraudem adhibuerit, minimè excusandus est. Benè Cicero *lib.16. ad Atticum epistol.8. Qui consilium dat*, inquit, *fidem præstare tenetur*: sed fidem tantùm. Nam, ut idem,

alibi,

alibi: *Si fraus absit; ex consilio nemo tenetur, & qui consulis præter fidem nihil præstat*. Cui simile est illud Ulpiani: *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio*. *l.47. de reg. jur.* Itaque summa ratione apud Dionem *lib.52.* Agrippa monet. Augustum, ne iis, à quibus consilium petiisset, crimini duceret, si fortè res secus quàm illi existimassent caderet, his ferè verbis: Τοῖς δ' ἁμαρτάνουσι μὴ ἀτιμάσῃς ποτέ, μήτ' αἰτιάσῃ ἢ τῷ διάνοιαν αὐτῶν εἶναι κακήν, ἀλλ' ἐκ δυστυχίας μέμφεσθαι.

Otiosam pecuniam] Otiosa pecunia à prudentibus dicitur pecunia sterilis; *l.7. l.13. §.1. de usur.* quæ in arca jacet, nullumque domino suo fructum affert: cui opponitur occupata, id est, pecunia fœnebris, quæ usuras patit; ἔνεργα χρήματα. *Demosth. advers. Aphob.*

Hortatus fueris, ut rem aliquam emeres, &c.] Quid ergo, si empturus aut pecuniam fœneraturus non fuisses, nisi ego mandassem? Ne sic quidem puto esse tibi mecum in proposito actionem mandati; quamvis refragari videatur, quod Ulpian. *l.6 §. planè 5. hoc tit.* scribit: Mandati actionem esse, si quid feceris mandato meo; quod aliàs facturus non eras, etsi mea non interfuit. Nam si istud tam latè interpretamur, quàm verba patiuntur; nemo ferè erit, qui non obligetur ex consilio; cùm semper is, cui consilium datum est, dicturus sit, se quod fecit facturum aliàs non fuisse. Itaque Ulpiani responso accommodanda sunt exempla, non simplicis consilii, sed mandati; quale est in *l. si hæreditatem 32. hoc tit. & simil.*

Ut pecuniam Titio fœnerares] Aliud est, verbis generalibus quid consulere aut suadere alicui; puta verbi causa, ut pecuniam fœneret simpliciter: aliud cum designatione certæ personæ; veluti ut pecuniam credat aut fœneret Titio. Prius meri consilii est: quoniam hic res tota arbitrio consultoris relinquitur, id est, illud etiam, cui pecuniam credat; & ob id, si minùs idoneo crediderit; de se queri, sibique hoc imputare debet; consiliarius autem, si fraus non intercessit, excu-

4 sandus. Posterius vim habere mandati placet, eò quòd hic auctor tuus fidem suam pro persona designata interponere videtur; tu qui credis, fidem illius sequi, aliter non crediturus. Itaque si cum Titius, verbi gratia, pecuniam mutuam à me peteret, aut pro alio petente fidem suam offerret: nollem autem aut debitorem eum habere aut fidejussorem, quòd suspectæ mihi essent facultates ejus; tu consuluisti & hortatus es ut facerem, idoneum eum esse affirmans: hoc consilium tuum instar mandati est; atque ex eo, si quid secus mihi evenerit, teneri te est æquissimum; propterea quòd tuam hortantis & suadentis fidem secutus sum omnino, teque suasore & impulsore feci, quod aliàs nunquam fecissem; quamvis ut fa-

5 cerem tua non interfuit. Ait Justinianus, quæsitum esse; *An mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares.* At hoc veri mandati exemplum est; ejus scilicet, quod mandatarii & simul aliena gratiâ interponitur: idem enim valet, si mandem tibi, ut pecuniam sub usuris Titio credas, sive ut fœneres; quod mandatum certo jure obligatorium est: neque de eo unquam dubitatum videtur magis quàm de eo, quod aliena tantùm causâ intercedit; veluti si tibi mandem, ut pecuniam Titio credas sine usuris; *§. præced. junct. §.3. sup. eod. lib.2. §.2. & pen. eod.* Quamobrem suspicor, Justinianum abusum verbo mandandi pro consulendi aut hortandi, quo paulò ante usus est; dubitatumque, an mandati teneatur, non qui ultro & sponte sua alteri, fortè nihil tale cogitanti mandat, ut pecuniam certæ personæ credat; sed qui aditus & rogatus tale consilium dedit, hortatusque consultorem est, ut faceret, citra animum se obligandi: ut ratio juris videatur denegare actionem; quam tamen ex bono & æquo dandam secundùm Sabini sententiam placuerit. Planè qui simpliciter affirmavit, idoneum esse eum, cui pecunia mutua dabatur; non interveniente mandato aut consilio de credendo, mandati non tenetur; *l.2. de proxenet. leg.7. §.ult. de dol. & ibi Costal. Gom.2. resol.13. num.5.*

TEXTUS.

De mandato contra bonos mores.

7. *Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est; veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda mandet tibi: licèt enim pœnam istius facti nomine præstiteris; non tamen ullam habes adversus Titium actionem.*

COMMENTARIUS.

1 *Mandati rei inhonestæ nullam esse actionem, quamvis nihil flagitiosi habeat.*
2 *Ex delicto tam mandantem, imò & consilium dantem obligari, quàm mandatarium.*
3 *An qui mandavit hominem vulnerari, si occisus sit, teneatur pœna homicidii: remissivè.*

Materia seu objectum mandati sunt res licitæ & honestæ: turpium rerum & illicitarum nullum mandatum, nullaque in universum ex ullo contractu obligatio est; *leg.6. §.3. hoc tit. leg. nec prætermittendum 57. pro soc. leg. generaliter 26. cum seq. l. si flagitii 123. de verb. obl.* Itaque si quis ædem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, furtum faciendum, &c. susceperit; neque pœnam, in quam propter flagitium; neque impensas, in quas propter vulnus condemnatus est; in summa nihil mandati judicio consequi potest propter turpitudinem mandati, & quia proprii delicti pœnam præstat; *l. si mandavero 22. §. qui ædem 6. hoc tit.* Sed & si nihil flagitiosi mandetur: si tamen aliàs quod mandatum, inhonestum sit; nulla ex eo mandati actio est; veluti si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, & tu sciens mandatum susceperis; non habebis mandati actionem. Idemque obtinet, si mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas;

quia simile est ac si perdituro credideris, & adversùs bonam fidem; *l. 11. si adolescens 11. eod. l. 8. pro empt.* Planè si Titius tuo mandato aliquem occidit, aut vulneravit, aut contumelia affecit; etsi hic
2 nulla ex contractu inter vos obligatio oritur; uterque tamen obligamini ex delicto: neque te, qui mandasti, excusat, quòd Titius facinus perpetravit; neque Titium, quòd tu mandaveris. Quin nec ipsis servis, qui mandato dominorum deliquerunt, in atrocioribus ignoscitur; *l. 11. §. an ignoscitur. 7. quod vi aut clam. l. servus 20. de obl. & act. l. ad ea 157. de reg. jur.* atque hoc in tantum procedit, ut tu parem eum Titio pœnam sustineas; *arg. l. nihil interest. §. 1. ad leg. Corn. de siccar. l. 11. §. 3. de injur. l. 5. C. de accus. l. pen. C. si reus vel*
3 *accus. mort. add. Clar. lib. 5. §. fin. q. 89. & ibi cit. cum citatis apud Baptist. Bajard. in annot.* Sed & consilium quoque in delictis eadem pœna puniri qua mandatum, communis sententia est; utique si datum sit ei, qui alioqui nihil commisisset; *Clar. d. §. fin. q. 89. Covar. in Clem. si furiosus p. 2. §. 2. de homicid. Menoch. arb. jud. cas. 351.* Quæritur. An is qui mandavit hominem vulnerari tantùm, si mandatarius eum occiderit, pœna homicidii teneatur, vid. *Clar. d. q. 89. n. 5. Menoch. arb. jud. cas. 352. n. 2. Cov. in d. Clement. p. 2. §. 1. n. 3. Fach. 1. cont. 36. Christ. vol. 3. dec. 29.* ubi refert: Negantium sententiam in judicio contradictorio probatam Senatui Mechliniensium, qui mandatum tale pœna extraordinaria puniverit. Illud convenit: in atrocioribus delictis etiam solum & simplex mandatum, hoc est, etsi non sequatur effectus, aut ad aliquem actum deventum sit, pœna arbitraria coercendum esse. *Covar. d. Clement. princ. p. 2. n. 9. vers. sexto. Menoch. arb. jud. cas. 352. n. 6.* Hæc obiter indicavi; neque enim hujus loci est, ea tractare latiùs.

TEXTUS.

De executione mandati.

8. *Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati; ut ecce: si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres: vel ut pro Titio sponderes; neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere, alioqui non habebis cum eo mandati actionem; adeò quidem ut Sabino & Cassio placuerit: etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diversæ scholæ Auctores rectè usque ad centum aureos te acturum existimant: quæ sententia sanè benignior est. Quòd si minoris emeris; habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur; is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur.*

NOTÆ.

8. *Non debet excedere fines mandati*] Nam qui excedit, aliud quid facere videtur; *leg. pr. h. t.* exampl. in *d. l. 5. §. 2. & 3. l. 22. eod.* Gell. 1. c. 13. Non excedit fines, qui facit *τὸ ἰσοδυνάμον*, *l. ult. §. ult. eod.*

Inutiliter te acturum] Ita Sabinus & Cassius, tum quia hic aliud factum putabant, quàm quod mandatum est; tum quod iniquum, uni dari actionem, alteri denegari: quod in proposito contingeret, si mandatum egresso actionem daremus adversùs mandantem; mandati enim eum illo actionem non esse; *l. 3. in fin. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Fines mandati qui excessit actionem mandati non habere; quod exemplis illustratur.*
2 *An legati, aliive, qui mandatum à populo, &c. acceperunt, præcisè quòd mandatum est semper sequi teneantur.*
3 *Qui color Sabini & Cassii sententiæ hic relatæ prætexatur.*
4 *Contrariam Nervæ & Proculi meritò prælatam, cum confutatione argumentorum Sabini.*
5 *Licèt res tanti valeat, quanti empta est, tamen mandatarium, quod ultra mandatum impendit, contrario judicio consequi non posse.*
6 *Occurritur argumentis Auctorum contrariæ sententiæ.*

LOcus insignis de executione mandati. Man- 1
datarius ad præscriptum agere, atque in exequendo mandato cavere debet, ne fines mandati egrediatur, aliudve faciat, quàm quod ei mandatum est: alioqui tamquam non impleto mandato repetitionem impensarum contrario judicio non habebit, quamvis ipse directò teneatur; *l. potest. 41. h. t.* Ut ecce; mandavi tibi, ut domum Sejanam centum aureis emeres; si tu Titianam emeris, quamvis fortè majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris implesse mandatum; *l. 5. §. 2. eod.* Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris; egressus es mandatum; & ideò si fundum petam, non obstabit mihi exceptio, nisi & reliquum mihi quod deest mandato meo præstes, & indemnem me per omnia conserves, *d. l. 5. §. 5.* Similiter si tibi mandavero, ut pro me in diem fidejuberes, tuque purè fidejusseris & solveris; interim non erit tibi mecum actio mandati, quia mandatum excessisti; *l. si mandavero 22. eod.* Idque est, quod generaliter Paulus definit; Diligenter fines mandati custodiendos esse; eum enim, qui excessit, aliud quid fecisse videri, *d. l. 5. in pr.* Planè in finibus mandati constitisse videtur, qui fecit æquipollens, *τὸ ἰσοδυνάμον*; veluti si rogatus fidejubere pro Titio 2
apud Mævium mandavit creditori Mævio, ut Titio crederet; *§. ult. eod.* Hic introduci potest quæstio agitata in philosophia; An legatus aliusve, qui

qui mandatum à populo, Principe, aut Duce exercitus accepit, præcisè id omne & solum quod mandatum est facere teneatur; an nonnunquam quædam etiam præter & contra mandatum, si videlicet ea aut videat, aut speret ei qui mandavit utiliora fore: quam quæstionem problematicè tractat Agellius 1. *noct. Attic.* 13. Nobis in ista excurrere non licet. Equidem arbitror, regulam Pauli de custodiendis mandati finibus vel maximè locum habere in negotiis publicis & bello, corrumpique atque dissolvi officium imperantis, si quis ad id quod facere jussus est, non obsequio debito, sed consilio non desiderato respondeat, ut ait *Agell. d. loc.* Cæterum æquum nihilominus videtur, ut ratio aliqua habeatur circumstantiarum; puta vel temporis, ne dum nova & longinqua mandata expectantur, occasio rei ex utilitate mandantis gerendæ elabatur; vel certitudinis successus: quo utroque nomine excusari potest factum Phœbidæ Lacedemonii, qui missus in Olynthios injussu Reipub. arcem Cadmeam occupavit consilio & ope Leontiadis Thebani: quod factum Agesilaum defensorem habuit. *Xenoph. lib. 5. hist. Græc.* Fortè & ingenium ejus qui imperavit considerandum, facilisne sit & placidus, an Manlius aliquis, aut Posthumus: nam si tali præceptori ratio reddenda sit, nihil faciendum monerem aliter, quàm præceptum est. Illud Cæsaris est: *Aliæ sunt legati partes, aliæ Imperatoris. Alter agere ad præscriptum, alter liberè ad summam rerum consulere debet. Cæs. comment.* 3. Sed de hoc fusiùs scriptores politici *vid. Besold. de legat. c. ult. & ibi citat.* & *tai, tai, Gifan. in præfat. comm. de Imp. Iust.*

Adeò quidem ut Sabino & Cassio, &c.] Posito generaliter recepto hoc jure, eum, qui aliud facit, quàm quod mandatum est, non videri implere mandatum, quæri cœpit; Quando idem aut aliud factum esse videretur, ut hinc judicari possit de actione mandati. Constitit autem dubitatio ferè in hac specie: Si quis, cùm ei mandatum esset, ut ad certum usque pretium fundum emeret, vel ad certam summam pro Titio fidejuberet, fundum quidem emerit, ceterum pluris vel pro Titio spo-
3 ponderit, sed in majorem summam. Et Sabino & Cassio placebat, nullam hoc casu mandatario actionem mandati esse, etiamsi ad summam mandato comprehensam tantùm agere velit, paratus id quod excedit remittere: nec dubium, quin ideò, quòd hic aliud factum putaverint, quàm quod mandatum erat: quamquam & alio argumento utebantur: quod iniquum esse dicebant, uni dari actionem, alteri denegari; id autem in casu proposito contingere, si mandatum egresso
4 actionem damus adversùs mandantem: mandanti enim cum illo actionem non esse; *l. 3. in fin. hoc tit.* Sed Nervæ & Proculo contra visum est, in hujusmodi specie saltem ad summum mandato expressam mandatarium rectè agere, quasi hactenus non aliud, sed quod rogatus est fecerit, mandatumque impleverit. Ut ecce: rogatus fundum emere centum aureis, eum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, eum verum quoque est centum emisse; cum utique majori summæ semper insit & minor, *§. si stipulanti 4. de verb. obl.* Itaque censuerunt, in hypothesi proposita centum juxta mandatum impensa, atque hactenus actionem mandatario rectè dari: quod amplius est, quia extra mandatum, pro inutiliter adjecto habendum: quæ sententia meritò recepta est; *d. l. 3. §. ult. junct. l. 4. l. rogatus 33. h. t.* Nec video, quid in contrarium valeat alterum Sabini & Cassii argumentum obscuriusculè à Paulo propositum *d. leg. 3. in fin.* Nam si hæc eorum mens fuit: non esse mandanti actionem cum eo, qui mandatum excessit, & ideò nec esse debere cum illo; apertè falsum assumunt. Nam pro certo jure traditum est: Ei, qui mandavit, competere judicium mandati adversùs eum, qui mandatum egressus est, licèt huic non competat adversùs illum; *l. potest. 41. eod.* Sed opinor, hoc eos sensisse, cum tu pluris fundum emisti, quàm ego mandaveram, puta centum & viginti aureis, cum de centum tantùm mandassem, si ego in hujusmodi specie non rectè mandati te cum ago, ut mihi fundum tradas, quantumvis parato mihi refundere pretium mandato comprehensum, idest centum aureos; vicissim æquum non esse, ut tibi contrario judicio mecum experiri liceat, ut fundum statuto pretio recipiam, quamvis tu paratus sis reliquum remittere. Cæterum in hac argumentatione manifestè vitiosa est illatio. Etenim nihil iniqui habet, ut ego tenear fundum recipere eo pretio, quo emptum eum mihi volui, licèt procurator meus eum pluris emerit; qui etiam reliquo remisso mihi gratificatur. At iniquum est, teneri procuratorem, fundum, quem emit centum & viginti, mihi tradere centum dumtaxat restituto, ad quam usque summam ut emeret tantùm mandaveram. In hac eadem specie de mandatario quæsitum est, non ab Auctoribus juris sed ab Interpre-
tibus; An si fundus tanti valeat, quanti emptus est, 5
non possit mandatarius etiam id, quod ampliùs impendit, & nimirum etiam viginti illa contrario judicio repetere: non quidem mandati, sed negotiorum gestorum; tamquam extra mandatum utiliter impensa in rem & contemplatione mandantis. Visum id olim Martino fuit & Joan. Fabr. ex recentioribus, Baroni, Myns. & Bronch. 1. *miscell. 66. arg. l. 2. l. quæ militer 45. de neg. gest.* Sed rectiùs id mihi negare videntur Joan Bulg. & Accursius: quoniam actio negotiorum gestorum competere non potest ei, qui gessit invito domino; *leg. ult. Cod. de neg. gest.* Id autem fit in specie proposita: nam qui fines mandati excedit; is, quatenus excedit, facit contra id quod præscriptum est, & tantùm non contra expressam prohibitionem mandantis: quippè eo ipso quòd quis mandat rem sibi emi centum, prohibere intelligitur pluris sibi emi: quæ etiam voluntas modum & finem erogationi imponit; *leg liberto 47. §. libertos 4. de neg. gest.* Et verò si mandatorem ultra id, quod impendi voluit, obligari dicimus; manifesta ei fiet injuria, aperieturque

fenestra improbis hominibus callidè excedendi fines mandati. Utique mea nihil refert, utrùm quis actione mandati, an negotiorum gestorum experiri queat. An ergo credimus, Jurisconsultum *in d. l. 4.* aut Justinianum hoc loco actionem mandati usque ad statutum pretium dumtaxat idque ex humanitate secundùm Proculi sententiam concedentes in verbis ludere, atque in reliquum adhuc concedi voluisse actionem negotiorum gestorum? Aut Sabinum & Cassium, in totum denegantes actionem mandati, admisisse tamen actionem negotiorum gestorum? Argumentis Auctorum contrariæ sententiæ facilè
6 occurri potest. Prætexitur æquitas, sed nullo colore. Nam mandatarius aut suo nomine pluris emit; & certum est eum, quatenus definitum pretium excessit, nullam omnino actionem habere: aut nomine mandatoris, & hic non potest quidem mandator ultro conveniri, ut restituat totum, quod impensum est: cæterum si ipse eum mandatario agat, ut res tradatur, defendetur mandatarius exceptione, nisi totum, quod erogavit, restituatur. Quid si facta sit traditio? Et siquidem mandatarius rem tradens pretium pro ea datum indicavit, mandator hoc ipso, quòd rem recipit, ratam habere emptionem videtur: quod perinde est, ac si ut tanti emeretur ab initio mandasset; per *l. 12. in fin. de solut. l. semper 60. de reg. jur. in cap. ratihabitionem. Cod. eod. in 6.* Si verò pretium non indicavit; tenetur mandator, ubi resciverit, emptionem probare aut improbare ea probata totum pretium restituere; improbata rem ipsam. Ita fermè *Angel. & Sylvest. hic*, citato Saliceto, ad eumdem modum distinguente in *l. 3. hoc tit.*

Quòd si minoris emeris, &c.] Qui rem aliquam minoris emit, quàm ex mandato pluris emere poterat, non aliud facit, sed illud ipsum, quod ei mandatum est: nec ideò mandati fines excessisse videri potest, *ὅτι ἄκων τετύχηκε*. Nam qui certa summa rem sibi emi mandat, etiam minoris, si possit, eam sibi emi mandasse intelligitur. Itaque dubium nunquam fuit, quin hic ad eam summam, quæ impensa est, mandatarius actionem habeat; *l. 5. §. ult. hoc tit.* Non idem intelligi debet, si quis mandaverit certo pretio rem suam vendi, eaque minoris vendita sit; *d. leg. 5. §. 3. leg. cum mandatò 12. Cod. eod.* Idem dicendum esset, si pluris vendidisset: quippe multum refert, causa mandantis melior fiat, an deterior, *leg. 3. pr. d. l. 5. §. ult. eod.*

TEXTUS.

De revocatione mandati.

9. Rectè quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.

COMMENTARIUS.

1 Quod mandatum revocatione mandantis solvatur, contra communes regulas receptum esse: & quare.

Mandatum itidem ut societas non tantùm solvitur communibus illis & ad omnem 1
obligationem pertinentibus modis, de quibus tit. hujus lib. sed etiam propriis quibusdam & remotis à communi lege dissolvendarum obligationum; quos modos ideò Justinianus etiam hic tradere voluit, sicut tit. præc. perstrinxit modos finiendæ societatis proprios. Recensentur autem hic modi quatuor, quibus proprio jure mandatum solvitur: duo, quibus ex persona mandantis revocatio; & mors mandatoris totidemque, quibus ex persona mandatarii, mors hujus ipsius, & renunciatio.

Si, dum adhuc res integra, sit revocatum] Si re adhuc integra consensu mutuo à mandato recedatur; solvitur mandatum jure communi, *§. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* at ut sola voluntate & revocatione mandantis finiatur mandatum; *l. 12. §. pen. l. 15. hoc tit.* videtur esse præter regulam traditam in *leg. 5. C. de ob. & act.* Neminem ab obligatione semel constituta, adversario non consentiente, recedere posse. Cur igitur placet, mandatum hoc modo solvi? Nimirum quia is, qui mandavit, non obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. Cur enim quod sua causa susceptum est, prohibeatur repudiare? Aut opera atque officio oblato non uti? Nec habet, quòd queratur mandatarius, cujus nihil interest, si re adhuc integra revocatio facta sit. Quid ergo si facta sit postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam mandatario per causam mandati quid abesse cœpit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum, ut quod post à mandatario fit, intelligatur non fieri ex mandato: cæterum hic ex antegesto, aut gesto antequam sciret mandatorem revocasse actionem mandati, habet ut consequatur quod ei propter mandatum abest, ne damno afficiatur, per *l. 15. l. inter 26. pr. hoc tit.* Illud etiam notandum est: revocationem mandati non tantùm expressè fieri, sed interdum etiam tacitè factam intelligi, ut in specie *l. pen. de reb. cred. & §. seq. in fin.*

TEXTUS.

De morte.

10. Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit; Solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est: si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum; posse te agere mandati actione: alioqui justa & probabilis ignorantia tibi

damnum

damnum afferret. Et huic simile est quod placuit: si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint; liberari eos; cùm alioqui stricta juris ratione non possent liberari, quia alii solvissent, quàm cui solvere debuerint.

NOTÆ.

10. *Mors alterutrius*] *d. l. 26. & seq. §. 3. l. 57. & seq. eod. l. 15. C. eod.* Nimirum natura mandati tacitè continetur, ut mandatum neutrius egrediatur personam; quia præstatio officii, in mandato & ratione ejus cui præstatur, & ejus, qui præstat, tota personalis est *l. 57. eod. l. 9. de jurejur. cap. ult. C. de off. de leg. Cic. pro Rosc. Com. Nemo enim mandat, nisi amico & fideli.*

Dispensatore Titii] Servo pecuniis domini exigendis & administrandis præposito, *l. pen. de reb. cred. l. 18. de solut.*

Liberari eos] Non stricta quidem ratione, sed tamen ratione summa; διὰ τὸ φιλάγαθον, id est, *propter utilitatem*, sed ex æquo & bono; *d. l. pen. de reb. cred. l. 11. in fin. depos. l. 18. l. 51. de solut.*

COMMENTARIUS.

1 *Proprium quoque mandati esse, quod morte tam mandantis, quàm mandatarii extinguatur: & cur id visum.*
2 *An eo etiam casu mandatum finiatur morte mandatoris, cum mandavit quid fieri post mortem suam.*
3 *Quid sibi velit, quod additur: si integro adhuc mandato mors intervenerit.*
4 *Interdum mandatario post mortem mandantis implenti mandatum ex bono & æquo actionem dari: & quibus casibus.*
5 *Casus alius, & exemplum superioribus simile.*

ETiam morte, & tam mandantis, quàm man-
datarii, mandatum extinguitur; *l. inter 26. &*
1 *l. seq. §. 3. mandatum 57. & l. seq. hoc tit. l. 15. Cod.*
eod. l. ult. de solut. Et hoc quoque utrumque con-
tra communem regulam juris, qua placet hære-
dem in universum jus defuncti succedere. Sed ni-
mirum natura mandati tacitè continetur, ut ne
mandatum personam egrediatur aut mandantis
aut mandatarii: non mandantis; quippè quem
sibi soli officiosum hanc operam ab amico præ-
stari, & cui soli ut amico in eo gratificari manda-
tarium voluisse putandum est: non mandatarii
quia industriæ & fidei certæ personæ in hoc ele-
ctæ res commissa fuit: quæ ratio expressa est in
cap. ult. C. de off. de leg. significatur *in d. l. mandatum*
57. hoc tit. explicatur *in leg. 9. de curat. fur. Cic.*
pro Rosc. Comœd. Nemo enim mandat, nisi amico &
fideli. Itaque cùm præstatio officii in mandato,
& ratione ejus cui præstatur, & ejus qui præstat,
tota personalis sit; mirum videri non debet, man-
dati obligationem cum persona eorum expirare;
l. 8. §. 3. de lib. legat. Videamus priùs de mandato-
re. Igitur si mandator integro adhuc mandato
decesserit; dicimus: mandatum solvi, ut jam nec
is qui mandatum suscepit, id mortuo mandatore
implere teneatur, nec hæredes mandatoris obli-
gentur, ut patiantur eum mandatum exequi; *d. l.*
inter 26. & arg. l. seq. §. 3. hoc tit. Ex quo intelligi-
mus; neque illum, si mortuo mandatore manda-
tum executus fuerit, ullam adversùs hæredes
mandatoris actionem habere; neque ex diverso,
si executus non sit, hæredes mandatoris agere
posse ut exequatur, aut id, quod eorum interest,
præstet. De illo quæritur: An mandatum morte
mandatoris usque adeò solvatur, ut idem pro-
bandum sit, etiamsi nominatim mandaverit quid
fieri post mortem suam. Et in eo hæc distinctio 2
communiter probata est: ut hujuscemodi manda-
tum post mortem mandatoris non finiatur, sed
omnino implendum sit, si tale sit, quod non nisi
post mortem ejus impleri queat; veluti si cui fu-
neris sui curam mandaverit, aut ut post mortem
suam sibi monumentum fieret, aut hæredibus suis
fundus emeretur; *l. 14. §. 2. de relig. l. 12. §. ult. & l.*
seq. hoc tit. Sin autem quod mandavit eo vivo im-
pleri potuit; mortuo eo mandatum extingui: ve-
luti si jusserit debitorem suum post mortem suam
solvere Titio; *leg. ult. de solut.* cujusmodi etiam
causa hæredibus, ad quos tum res pertinet, non
obstante mandato, integra servata intelligitur. Si- 3
militer ex converso mandatum solvi placet, si
mandatarius re adhuc integra decesserit; & ob
id hæredes ejus non tenentur quod ille suscepit
exequi: & licèt spontè executi fuerint; actionem
tamen mandati non habent; *l. si quis 27. §. 3. l.*
mandatum 57. hoc tit. Cur verò in utraque spe-
cie additur: Si re adhuc integra mors intervene-
rit? Non sanè, quod postquam res integra esse de-
sit, seu interesse cœpit, morte alterutrius inter-
veniente mandatum non solvatur, & adhuc libe-
rè perfici possit, quod cœptum est: sed quia obli-
gatio mandati & actio ante mortem nata post
mortem perseverat; *leg. inter 26. fac. d. l. manda-*
tum 57. & l. seq. eod. Ut ecce: actio mandati statim
competit, cum cœpit interesse; *l. 8. §. mandati 6.*
eod. Et igitur sive mandatarius decesserit, quo
tempore jam interesse cœperat mandatoris, puta 4
cum jam ille eamdem rem per alium explicare
non poterat; sive decesserit mandator, cùm res
non ampliùs integra esset mandatario, quòd fortè
jam sumptus ad negotium exequendum necessa-
rios fecisset; actio mandati semel alterutri quæsi-
ta neutrius morte intercidit; *dd. ll.*

Tu ignorans eum decessisse executus fueris] Etsi mandatum morte mandatoris extinguitur; & ideò secundùm stricti juris rationem, quamvis mandatarius ignorans mandatorem decessisse mandatum impleverit, agere mandati non potest: tamen utilitatis causa, seu ex bono & æquo placet, impleto per ignorantiam mandato, actionem ei dari; *l. inter 26. l. si præcedente 58. hoc tit.* quippe in hoc judicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, ut eleganter ait Ulpianus; *l. si fidejussor 29. §. quædam 4. eod.* Atque hoc ipsum etiam admittendum videtur in igno-

tan-

rantia juris, puta si mandatarius, quamvis non ignarus mortis mandatoris, errore juris persuasus id sibi incumbere, mandatum impleverit, arg. ejus, quod de hæredibus mandatarii simili errore mandatum exequentibus Papinianus respondit; *l. mandatum 57. eod.* nam & aliàs, cum de damno vitando agitur, error juris nocere non solet: *l. 7. & 8. de jur. & fact. ign.* Illud hic quæri potest; An si fortè ad consummationem mandati adhuc aliquid desit, id rectè absolvatur, vel à mandatario post mortem mandatoris ei cognitam, vel ab hæredibus mandatarii post mortem illius. In quo hæc distinctio probanda videtur; ut siquidem ea quæ agenda supersunt, cum prioribus connexa non sint; tum non liceat mandatario aut hæredibus ejus reliqua implere: sin verò connexam cum negotio cœpto rationem habeant; tum illis liceat, imò incumbat; *argum. l. 5. §. si tutor. 5. leg. tutorem 37. §. 1. de adm. tut. leg. 13. de tut. & rat. distr. l. 3. §. pen. de contr. act. tut. l. 11. Cod. de arb. tut.*

Alioqui justa & probabilis ignorantia] Justa & probabilis ignorantia nemini fraudi esse debet: atque in proposito ne juris quidem; *per l. mandatum 57. hoc tit.* ubi ignoscitur hæredibus mandatarii, iisque actio conceditur, qui errore lapsi, non animo lucrandi, sed exequendi quod defunctus suæ curæ fecerat, mandatum impleverunt.

Huic simile est] Quod dixit de mandato consummato post mortem mandatoris per ignorantiam mandatarii, illud illustrat exemplo simili nempè creditorum per ignorantiam solventium manumisso dispensatori creditoris mandantis; quos ex æquo & bono liberari placet: quamvis stricta ratione juris non liberentur, cùm alibi solverint, quàm cui oportebat; *l. 11. in fin. de pos. l. penul. de cred. reb. l. si quis 18. l. dispensatori 51. de solut.* Quod ut intelligamus, tria hæc scire oportet. 1. Dispensatorem dici servum pecuniis domini exigendis & administrandis præpositum; *d. l. pen. cred. de reb. d. l. 18. de solut.* 2. Qui servum dispensatorem facit, eum intelligi suis debitoribus mandare, ut ei solvant; *fac. l. qui hominem 34. §. 3. de solut.* 3. Qui servum dispensatorem manumittit, tacitè mandatum revocare. Est verò liberatio hæc communis omnium debitorum, qui ignorantes mandatum revocatum esse, procuratori quondam creditoris solvere; *l. 12. §. 2. d. l. 18. d. l. qui hominem 34. §. 3. de sol.*

TEXTUS.

De renunciatione.

11. *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est: susceptum autem consummandum est, aut quamprimum renunciandum, aut per semetipsum, aut per alium eamdem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuncietur, ut integra causa mandatori reservetur eamdem rem explicandi; nihilominus mandati actio locum habet: nisi justa causa intercesserit, aut non renunciandi, aut intempestivè renunciandi.*

NOTÆ.

11. *Aut quamprimum renunciandum*] Nec mandatarius igitur ab initio aliter obligatur quàm sub hac disjunctione; ut aut impleat mandatum, aut tempestivè renunciet; frustraque objicitur *l. 5. C. de obl. & act.*

Nisi ita renuncietur, ut integra causa] Renunciatione tempestiva mandatum omnimodò solvitur, ut tamen actio competat ex antegesto. Intempestativa mandatarium non liberat, sed nisi justa causa intercesserit, tenetur adhuc actione mandati, non quidem ut mandatum præcisè impleat; sed ut præstet, quod mandatoris intersit impletum esse; *dd. ll.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur mandatum solvi placeat tempestativa renunciatione; & quid si intempestivè renunciatio facta.*
2 *Mandatarium præter dolum etiam culpam præstare, & qualem.*
3 *Justa causa interveniente excusari mandatarium, licèt non renunciaverit, aut non tempestivè.*

PRoponitur hic & explicatur secundus modus, quo ex persona mandatarii mandatum finitur, nempe renunciatio. Ut ergo revocatione mandatarii, ita ex contrario & renunciatione mandatarii mandatum solvi placet. Quippe quod officii causam habet, non magis reluctanti extorqueri, quàm invito obtrudi convenit: nec oportet quemquam difficilem esse in eo, in quo dispendium ejus nullum vertitur; *l. in creditore 38. de evict.* Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quàm sub hac disjunctione; ut aut impleat mandatum, aut in tempore renunciet, *l. si mandavero 22. §. ult. l. si quis 27. §. 2. hoc tit. & pr. hujus text.* ut frustra objiciatur, *l. 2. C. de obl. & act.*

Susceptum consummandum, aut quamprimum renunciandum] *dict. leg. 22. §. ult. d. leg. 27. §. 2.* 1
Quo probatur, quod modò diximus, mandatarium sub disjunctione obligari, ut aut officium susceptum exequatur, aut cùm primum poterit, renunciet. Renunciatio aut tempestivè fit id est, ita ut integra facultas mandatori conservetur eamdem rem æquè commodè explicandi: aut intempestivè, id est, eo tempore, quo jam mandator neque per se neque per alium idem negotium expedire potest. Renunciatione tempestiva mandatum omnimodò solvitur, ut tamen actio competat ex antegesto. Intempestiva verò mandatarium non liberat: sed nisi justa causa intercesserit; tenetur nihilominus actione mandati: non quidem ut mandatum præcisè impleat; sed ut præstet, quod mandatoris interest impletum esse; *dd. ll.*

ad. ll. & hoc text. sicut in cæteris quoque obligationibus faciendi evenit; *l. si quis 13. §. 1. de re judic. §. ult. sup. de verb. obl.* Circa obligationem mandatarii incidere solet quæstio de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat. Dixeris præter præstationem doli & culpæ latæ nihil à mandatario exigendum secundùm definitionem; *l. 5. §. 2. Commod.* esse enim similem depositario, seu ei, qui rem custodiendam accepit: utrumque beneficii debitorem esse, & contemplatione alterius rem susci-
2 pere. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet propter eos textus, quibus expressè traditum est: mandatarium non tantùm de dolo, sed etiam ob culpam teneri; *leg. 8. §. ult. hoc tit. leg. procuratorem 11. Cod. eod. l. contractus 23. de reg. jur. Modestin. in collat. leg. Mosaic. & Rom. tit. de depos.* certum autem est verbo culpæ absolutè posito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in judicio mandati venire: sic enim disertè scriptum est in *l. à procuratore 13. C. hoc tit.* Procuratorem dolum & omnem culpam præstare, solum casum improvisum non præstare. Ac ne quis putet, hoc pertinere dumtaxat ad procuratores forenses, non ad omnem mandatarium; ubique ad quemvis mandatarium & procuratorem pertinet, quod traditur *in l. in re 21. C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectuoi ac declioatum culpa vacuum esse. Cui similis est locus apud Ciceronem in *orat. pro Rosc. Amerino*, ubi de judicio mandati differens, ait: In minimis rebus teneri mandatarium si quid non modò malitiosius, verùm etiam negligentius fecerit. Cur ergo in mandato recedimus à regula, quam in deposito servari placet? Nimirum ideò, quoniam cùm in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is, qui mandat, diligentiam rei gerendæ conveoientem exigere, & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur. Quod deposito non convenit: nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide opus est dumtaxat. Ex quo intelligimus: mandatarium comparandum esse non cum quovis depositario, sed cum eo, qui se deposito obtulit; quem omnem culpam præstare placet, non alia de causa, quàm quod offerendo se, de diligentia sua promittere videatur; *l. 1. §. sæpè 35. depos.* Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, quæ modò mandantis, modò mandatarii, modò utriusque utilitatem spectat: quoniam vident, eam distinctionem in commodato probatam esse; *l. 5. §. 2. in fin. junct. §. interdum 10. & l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* Nempe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius mandantis gratia intervenit, dolus dumtaxat, & culpa lata præstabitur ubi utriusque gratia, etiam culpa levis: ubi solius mandatarii, etiam levissima. Sed profecto talis distinctio in mandatum non cadit: neque quicquam mandato cum commodato hic commune est. Etenim mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum, etsi mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit, *§. tua tantum 6. hoc tit.* mandatarium tamen non obligat ullo modo; quippe cujus nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium, quod gerendum suscepit, ad alium pertinet; *d. l. in re 21. C. hoc tit.* ut proinde cum de obligatione mandatarii circa prædictas præstationes quæritur, mandatarius tantùm considerari debeat ut rem alienam gerens; quomodò etiam consideratur *in d. l. in re, & passim in hoc arg.* Planè in iis, quæ actum commissum consequuntur, interdum culpa aut fraude carere sufficit; *l. 8. §. ult. l. 10 l. 29. § 4. hoc tit.*

Iusta causa intercesserit &c.] Hoc admisso; renunciatione tempestiva mandatum solvi, consequens fuit, ut etiam propter intervenientem justam causam aut non renunciandi, aut intempestivè renunciandi, excusationes mandatarius allegans audiri debuerit. Justa non renunciandi aut 5
omittendi mandati causa est veluti si actiones mandatario competituræ inanes illi futuræ sint, eò quòd mandator solvendo esse desierit, ne fortè mandatario pereat, quod impendit. Item inimicitiæ capitales, quibus intervenientibus, nec mandatorem credibile est amplius opera mandatarii ut velle, nec ab hoc exigi debet, ut eamdem illi operam porrò præstet. Non tempestivè renunciandi; adversa valetudo, aut similes casus, quibus impeditus tempestivè renunciare non potuerit; *l. sanè 23. l. 24. & l. seq. eod.*

TEXTUS.

De die & conditione.

12. *Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest.*

COMMENTARIUS.

MAndatum & in diem differri, & sub conditione contrahi potest, ut hic, *& l. 1. §. pen. eod* & cùm mandati obligatio merè à consensu pendeat; potest per nuntium quoque vel per epistolam, mandatum fieri ac suscipi; *d. l. 1. pr. & §. 1. sed hæc*, & alia id genus, *sub. rub.*

TEXTUS.

De mercede.

13. *In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constituta, incipit locatio & conductio esse. Et (ut generaliter dicamus) quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati sive depositi contrahitur negotium; iis casibus interveniente mercede locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideò si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcien-*

da,

da, nulla mercede constituta, neque promissa, mandati competit actio.

COMMENTARIUS.

1 *Honorarii sive salarii constitutione mandatum non vitiari: nec tamen de ipso salario actionem mandati esse.*

2 *Pactum de quota litis jure improbatum esse.*

3 *Operas liberales pretio nummario non æstimari.*

4 *In dubio præsumendum non esse fullonem, &c. operam gratis suscipere.*

1 MAndatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde nisi gratuitum sit, nullum est. Quippè officio atque amicitiæ contraria est merces, *l. 1. §. ult. l. ita ut 36. §. 1. h. t.* alioqui videretur mandatarius καπηλεύειν τὴν φιλανθρωπίαν, beneficium cauponari. Enimverò gratiam referre amicitiæ benè convenit, gratuitamque operam remunerare. Qua de causa mandatum esse non desinit, si remunerandi causa honor intervenerit, *l. 6. pr. eod.* ubi Jurisconsultus figuratè honorem appellat pecuniam remunerandi sive honorandi causa datam promissamve. Passim honorarium & salarium nominatur: *l. 1. in fin. pr. si mens. fals. mod. l. 1. §. in honorariis* 10. *de extraord. cogn. l. 7. l. qui mutuum 56. §. pen. hoc tit. l. 1. l. 17. C. eod.* & à mercede hoc differt: quòd merces ferè analoga sit operæ, seu ita constituatur, ut æstimationi operæ proportione respondeat; honorarium autem est voluntaria operæ gratis præstitæ remuneratio. Etsi verò honorarii sive salarii constitutio mandatum non vitiat, nec impedit, quominùs mandati actio sit de iis omnibus, quæ mandati judicio peti potuissent, si salarium non intervenisset; *d. l. 6. in pr.* ne ipso tamen salario mandati actio non est, sed extra ordinem peti solet; *l. 7. l. qui mutuum 56. §. pen. eod. l. 1. C. eod.* Utique autem ut peti possit salarium, promissum & conventum esse oportet saltem nudo pacto: si nullum constitutum sit, nulla quoque eo nomine persecutio est: in tantùm ut nec, si promissum sit, sed incertæ quantitatis, ulla adhuc sit aut extraordinaria salarii petitio, aut actio mandati, ut certum constituatur; *l. qui mutuum 56. §. pen. hoc tit. l. 17. C. eod.* sed hic fortè ad eos solos pertinet, qui familiaritatis causa operam præstant, non ad Advocatos; &c. *per l. 1. §. 10. & l. 4. de extr. cogn.* Certè hodie moribus nostris possunt Advocati & Procuratores forenses (*mits overleverer de declaratie van haere besoigne, conform de instructie van de hoven ende laege vierscharen*) petere salarium quamtumvis nullum pacti aut stipulati sit: dum tamen actionem suam, quam Curia dedit, non excedant; *Add. Guid. Pap. quæst. 67. Papon. lib. 6. tit. 12. arrest. 5. & lib. 15. t. de int. arrest. 12. Garz de expens. & mel. cap. 20. num. 15.* Illud obiter no- 2
tandum: pactum de quota litis, ut vulgò loqui amant, id est, cum advocatus aut Procurator ex eventu litis certam quantitatem salarii nomine paciscitur, puta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum esse, tamquam quod turpe atque adversùs bonos mores sit; *leg. 7. hoc tit. leg. si contra 20. C. eodem, l. sumptus 53. de pact. l. 1. §. si cui 12. de extra cogn. Don. post alios in d. l. si contra.*

Mercede constituta incipit locatio esse] Modò tale factum sit, quod locari soleat: qualia ferè sunt quæ mercede eaque proportionata facto æstimantur, ut operæ mechanicæ. Nam operas liberales pretio nummario æstimari indignum est; ideòque nec cum iis, qui ingenio, patrocinio, fide, consilio operam impendunt, crediderunt Veteres locationem & conductionem esse; & quicquid hic vel datum vel constitutum est, non merces, sed honorarium dicitur; de quo extra ordinem cognoscit Prætor. Sed neque talis facti locatio est, unde nihil commodi pecuniarii ad alterum redit: veluti si pecuniam tibi dem, ut servum manumittas; non locatio & conductio est, sed contractus innominatus; *leg. 5. §. 2. de præscr. verb.*

Fulloni aut sarcinatori nulla mercede constituta, &c.] Id est, cum fullo aut sarcinator eam operam gratis & amicitiæ causa expressè susceperunt: alioqui non mandati actio, sed præscri- 3
ptis verbis competit; *leg. si tibi 22. de præscript. verbor. §. 1. sup. de locat. Bachov.* ubi Cajus scribit: cum gratis ejusmodi operam fullo ut sarcinator suscipit, mandati obligationem esse: cùm mercede data aut constituta; locationis conductionisque negotium geri: si neque gratis, neque protinus data aut constitura mercede, sed eo animo, ut merces postea constitueretur & daretur, esse contractum innominatum, ex quo in factum actio, id est, præscriptis verbis detur. Talis autem animus utrinque præsumendus est, cum fulloni, sarcinatori, & similibus, qui manuum opera victum quæritant, & spe lucri eam suscipiunt, aliquid faciendum datur, nisi nominatim convenerint, ut gratis præstaretur, *fac. §. 1 sup. de locat.*

Titu-

TITULUS XXVIII.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

TEXTUS.

Continuatio.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur: sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

NOTÆ.

Quasi ex contractu] Quasi ex contractu obligatio nasci dicitur, cum citra conventionem nascitur ex facto non turpi.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Particulam* Quasi *notam esse similitudinis, & simul improprietatis.*
3 *Falsos esse, qui putant, obligationem hic nasci ex tacita conventione.*
4 *Non esse confundendum tacitum cum ficto; expressum cum vero.*
5 *Factum, unde hic obligatio nascitur, non male vulgò quasi contractum appellari: & quid sit.*

1 EXpositis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur; progreditur ordine Imperator ad eas, quæ nascuntur quasi ex contractu. Quippe quibus in quadripartita illa distributione, proposita §. *ult. sup. de oblig.* secundum locum tribuit. Ait: *Quasi contractu*. Particula *Quasi* & similitudinis nota est, & improprietatis; quamobrem rectè dicemus: quasi ex
2 contractu obligationem nasci, cum citra conventionem nascitur ex facto non turpi. Improprietatem noto, cum dico Citra conventionem: nam ex contractu nulla est obligatio sine conventione; *l. 1. §. 3. de pact.* Similitudinem, cum dico ex facto non turpi, id est, quod non cadit in speciem maleficii. Neque aliam rationem aut Gajus *l. 5. de obl. & act.* aut Justin. *hoc tit.* reddunt, cur quasi ex contractu obligatio nasci dicatur. Sunt qui
3 etiam ex conventione hic obligationē nasci tradant, non quidem expressa, sed tacita: quod non probo. Nam quid refert, tacitè seu re & facto aliquo consensus declaretur, aut verbis & conventione expressa? Utique enim tacita conventio non minùs vera conventio est; *l. 2. l. 4. §. ult. de pact.* atque ad actionem ex contractu producendam non minùs efficax, quàm verbis nuncupata. Quippè in omnibus contractibus quod tacitè inter contrahentes agitur, pro expresso habetur; *l. 3. de reb. cred. l. semper 34. de reg. jur.* Ita societas tacitè contrahi potest; *l. 4 pro socio*, item mādatum; *l. 6. §. 2. l. qui patitur 18. Mand.* locatio conductio; *l. 13. §. ult. locat.* Denique conventio sæpè titulo contractus inclusa est, ut conventio restituendi in mutuo, commodato, deposito, pignore. Sed nec posse hic vel tacitam conventionem intervenire, intelligi ex eo potest, quòd omnis conventio plurium est; *l. 1. §. 1. de pact.* hic autem ex facto unius ferè obligatio oritur. Adde: quòd quasi ex contractu inviti quoque & ignorantes obligantur; §. 1. *inf. hoc tit. l. 2. de neg. gest.* adeò ut ea obligatione etiam furiosi & pupilli teneantur; *l. 5 §. & §. 5. d. tit. l. furiosus 46. de obl. & act.* Postremò nusquam proditum est, ullum consensum hic vel tacitè intervenire, sed obligationem ex re nasci; *d. l. 46.* in eam nos incidere; *l. hæredes 25. §. non tantùm 16. fam. erc.* utilitatis causa introductam esse; *l. 5. de obl. & act. §. 1. hoc tit.* Planè si quis tacitum appellet, non quod simpliciter expressum non est, sed quod nec verum est, sed fictum, & contra naturam gesti auctoritate juris præsumptum; *l. 3. in fin. cum l. seq. quib. ex cau. in poss. l. 13. in fin. commod.* hoc sensu per me licet, obligatio quasi ex contra-
4 ctu veniens dicatur nasci ex tacita conventione. Sed cavendum omnino est ab iis, qui nullum verum contractum agnoscunt sine expressa conventione; nullam veram conventionem, quæ non eadem & expressa sit: confundentes expressum cum vero, tacitum cum falso & ficto. Factum, unde
5 hic obligatio nascitur, cum Interpretibus, contempta quorumdam superstitione, quasi contractum appellamus. Nam etsi Veteres non ita hic loquuntur, ut dicant, obligationem nasci ex quasi contractu, sed quasi ex contractu nasci; alia tamen multa, quæ ad aliarum rerum similitudinem inducta sunt, ea nota sic distinguunt; ex quibus hæc, Quasi possessio, Quasi maritus; *l. 32. § pen. de don. int. vir. & ux.* Quasi Serviana actio, peculium quasi castrense. Nonnumquam appellatione contractus etiam quasi contractus comprehenditur; §. 1. *inf. de act. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. 23. de reg. jur.* & interdum absolutè contractus vocatur, *l. 16. de neg. gest. l. ult. in quib. ca. pign.* largo scilicet modo & per abusionem; *l. 3. in fin. cum seq. quib. ex ca. in poss.* Sic autem non malè quasi contractum definiemus: Factum omne non turpe, quo aut is qui fecit alteri, aut alter ei, aut uterque alteri sine conventione obligatur. Hujus generis facta quinque hic recensentur, negotiorum gestio; administratio tutelæ; communio rerum citra societatem susceptio; aditio hæreditatis; indebiti solutio.

TEX-

TEXTUS.

De negotiorum gestione.

1. *Igitur cùm quis negotia absentis gesserit; ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum, qui gessit, directa competit actio: negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu propriè nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istæ actiones, sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit; ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregrè profecti essent, desererentur negotia: quæ sanè nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum; ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modò alius diligentior eo commodiùs administraturus esset negotia.*

NOTÆ.

1. *Absentis*] Sine mandato scil. aliàs de contractu inter eos nascitur obligatio mandati. Qui præsens patitur negotia geri, mandare intelligitur; *l. 6. §. 2. l. 18. mand.*

Contraria] Ita dicta, quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem; *l. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui not. infam.*

Ad exactissimam diligentiam] fac. *l. 21. C. mandat. l. 25. § 16. fam. erc. l. 24. Cod. de usur.* Tenetur ergo negotiorum gestor, non tantùm si quid lata aut levi culpa peccavit; sed etiam, si quid vel culpa levissima: nullaque causa est, cur leviùs obligetur, quàm depositarius, qui ultrò se deposito obtulit; *l. 1. §. 35. depos.*

Nec sufficit talem, &c.] His verbis perspicuè significatur: etiam culpam levissimam à gestore præstari; *arg. §. 2. sup. quib. mod. de cont. obl.* ubi eadem præstatio & iisdem verbis imponitur commodatario. Interdum tamen dolus solummodò præstatur: ut in casu *l. 3. §. 9. de neg. gest.*

COMMENTARIUS.

1 *Negotiorum gestionem esse factum naturæ mediæ inter negotia, quæ utrinque, & quæ ab uno tantùm latere sunt obligatoria.*
2 *Actio ex gesto directa cui detur; item cui contraria, & quid utraque contineat.*
3 *Doline tantùm, an etiam culpæ, & cujus nomine gestor teneatur, accuratiùs, quàm vulgò.*

PRima species quasi contractus, Negotiorum gestio. Ex Cajo *l. 5. de obl. & act.* Ait: *Cùm quis negotia absentis gesserit.* Videlicet sine mandato, aut ignorantia: nam si ex mandato gesserit palam est, ex contractu nasci inter eos obligationem mandati. Si verò sine mandato gesserit; nascitur quidem & hic ultro citroque obligatio. Cæterùm hæ actiones nascuntur ex contractu, qui nullus interpositus est: quia non geritur negotium invicem; sed quia nec maleficium est alia negotia sine mandato administrare, nec dominus negotiorum quicquam deliquisse intelligi potest, quasi ex contractu hic obligatio oriri videretur; *dict. l. 5. de obl. & act. l. 2. de negot. gest.*

Domino directa competit actio]. Monuimus in explicatione, *§. 2. sup. quib. mod. re cont. obl.* Esse 1
quosdam contractus, qui ex uno tantùm latere obligant; quosdam, qui ex utroque; nonnullos etiam esse naturæ intermediæ, ex quibus nec semper unus tantùm, nec semper uterque obligetur. Hujus generis præter contractus reales, quos illic enumeramus, commodatum, depositum, pignus, etiam mandatum est: & quasi contractus mandato similis; negotiorum voluntaria administratio; & tutela. Nam ut hi contractus & quasi contractus principaliter comparati non sunt ad obligandum eum, cujus res aut negotium est: ita nec ab initio ex his causis obligatur: sed ut obligetur, fit ex accidenti & per consequentiam, si quid alter de suo necessariò aut utiliter impendit; alter autem statim tenetur & directò ex ipso contractu aut negotio. Hinc est, quòd actio, quæ ex his causis domino proposita est, directa dicitur, & interdum principalis; *l. in commodato 17. §. 1. commod.* quæ adversùs dominum, contraria quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem.
Et in proposito igitur actio qua negotiorum ge- 2
stor tenetur domino, est & dicitur actio negotiorum gestorum directa, qua dominus per consequentiam tenetur gestori, cui per causam gesti quid abest contraria.

Adversùs eum, qui gessit] Ut gesti rationem reddat & interdum non gesti, videlicet ejus, quod gerendum suscepit: nam novum inchoare non habet necessè; *l. nam & Servius 21. §. 2. de neg. gest.* Gesti obligatio duo continet. Restitutionem ejus, quod per occasionem negotii ad gerentem pervenit; *leg. 2. eod.* exempla sume ex *l. 3. §. 1. l. si quis 23. eod.* & damni ejus, quod perperam gessit, præstationem: cæterum hic lucrum

cum

cum damno casu dato pensatur; *l. 11. eod.* In non gesto non tantùm damni culpa aut negligentia dati ratio habetur; sed etiam lucri omissi: ad quod declarandum, accommodatissimum exemplum est, quo & Veteres utuntur in debitore, qui creditoris sui negotia gessit; *l. 6 §. ult. l. 7. l. divortio 35. eodem.*

Negotiorum gestori contraria] Si modò utiliter negotium gessit: nam qui gessit inutiliter actionem non habet; *l. 2. eodem.* Competit autem hæc actio ut & cæteræ ejusdem naturæ de indemnitate; *l. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui not. inf.* & in proposito duarum rerum nomine comparata est; nempè ut præstetur & quod abest ei, qui utiliter gessit, puta si de suo quid erogaverit, aut quid consecutus non sit, quod aliàs consequi potuisse; & quod ei absuturum est; veluti si se in rem absentis alicui obligavit; *d. l. 2. l. si quis 28. de neg. gest. l. ob negotium 18. C. eod.*

Subita festinatione coacti] Sed & sæpè homines eo animo peregrè proficiscuntur, quasi statim redituri, nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant: deinde novis causis intervenientibus diutiùs abesse coguntur; *l. 5. in pr. vers. ideò, de obl. & act.*

Dominum habet obligatum negotiorum gestorum] Cujacius, Hotomannus, Vvesembecius legunt, *Habet obligatum dominum negotiorum.* Et ita quoque Theophilus legisse videtur.

3 *Ad exactissimam diligentiam*] Secundùm regulam traditam; *l. 5. §. 2. commod.* non plus à negotiorum gestore exigendum videtur, quàm à depositario; nimirum ut dolum præstet dumtaxat, non etiam culpam, nisi dolo proximam: quoniam non magis gerentis in causa negotiorum gestorum, quàm depositarii in deposito commodum agitur: & tamen certi atque explorati juris est, non doli tantùm nomine sed etiam culpæ gestorem obstringi; *l. 11. de neg. gest. l. tutori 20. C. eod. l. contractus 23. de reg. jur.* Sed nimirum, ut superiùs quoque sub §. 2. *sup. quib. mod. re contr. obl. & §. propen. præc. tit.* monui regula de dolo dumtaxat præstando in negotio, in quo suscipientis nulla versatur utilitas, vim suam perdit, cum quis se negotio & officio offert; quod qui facit, de diligentia sua quodammodò polliceri & recipere videtur. At hoc facit, qui ad aliena negotia sua voluntate gerenda accedit. Qua eadem ratione hoc ampliùs placuit: negotiorum gestorem non tantùm eo nomine teneri, si quid consultò, lata aut levi culpa peccavit, sed etiam si quid vel culpa levissima. Exigitur enim ab eo, diligentia eaque summa & exactissima, ut non excusetur talem diligentiam alienis negotiis adhibens, qualem suis rebus adhibere solet: si modò alius diligentior utiliùs negotia administraturus esset. Quibus verbis palam est significari: etiam culpam levissimam à gestore præstandam esse, cùm eadem planè præstatio & iisdem verbis imponatur commodatario; quem sanè etiam ob levissimam culpam teneri constat; *d. §. 2. sup. quibus mod. re. cont. obl. l. 1. §. & ille 4. de obl. & act.* Hoc idem non obscurè indicat *l. hæredes 25. §. non tantùm 16. fam. erc.* ubi Jurisconsultus scribit; Cohæredem & collegatarium in re communi dolum quidem & culpam præstare; diligentiam autem non majorem, quàm rebus suis: neque enim hos esse similes negotiorum gestori, ut summa ab iis diligentia exigi debeat; quoniam negotiorum gestor causam gerendi non habet; illi habent propter partem suam. Sed & quod scriptum est in *l. 21. C. mand.* Aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse; tam ad negotiorum gestorem, quàm mandatarium pertinet, & vel magis ad illum, qui se ingerit, quàm ad hunc, qui rogatus gerit. Postremò nulla causa est cur leviùs obligetur, qui se miscet rebus ignorantis, quàm depositarius offerens se deposito. At hunc illa officii oblatio periculo depositi sic illigat, ut omnia præstet præter improvisos casus: sicut disertè scriptum est *in l. 1. §. sæpè 35. depos.* Dices: Ita fore, ut nemo facilè ad absentium negotia gerenda accedat; quod tamen ut fiat, ipsorum absentium interesse: nam si nemo sit, qui ea capessat; futurum esse, ut pereant. Resp. Etiam interesse absentium, ne quis temerè se negotiis eorum immisceat, & diligentiorem fortè antevertat. Neque enim semper negotia aliena urgente necessitate suscipiuntur: cumque id fit; doli tantùm nomine gestorem teneri placet; *l. 3. §. interdum 9. de neg. gest.* sed sæpè homines præproperè se alienis ingerunt; non affectione ducti ad negotia alioqui peritura accedentes: sed acti aut spe emolumenti, aut præpostera curiositate. Quò pertinet *l. culpa 36. de reg. jur.* ut vel maximè absentium utilitas in eo vertatur: ut quicumque se negotiis alienis nulla urgente necessitate immiscent, intelligant, nihil in eorum administratione omissum neglectumve impunè fore. Interpretes communiter *post Gloss. hic* statuunt: Eo demum casu negotiorum gestorem propter culpam levissimam teneri, cum alius diligentior ad gerendum se obtulit: nimirum verba illa hujus textus: *Si modò alius diligentior &c.* pro limitatione accipientes: quod non convenit sententiæ hujus loci qui descriptionem quamdam continet exactissimæ diligentiæ, cui culpa levissima opponitur; *arg. §. 2. sup. quib. mod. re cont. obl. l. 1. §. & ille 4. de obl. & act. add. Paul. 1. sent. 4. l. 24. C. de usur.*

TEXTUS 5.

De tutela.

2. *Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non propriè ex contractu obligati esse intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. Sed quia sanè non ex maleficio tenentur; quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutuæ sunt actiones. Non tantùm enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam*

riam tutelæ : si vel impenderit aliquid in rem pupilli; vel pro eo fuerit obligatus; aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

COMMENTARIUS.

1 *Tutorem in rebus pupilli non tantum dolum, sed etiam culpam præstare.*

2 *Cur levem dumtaxat culpam non etiam levissimam tutor præstet.*

SEcunda species quasi contractus, Administratio tutelæ. Necessarii quoque rerum alienarum administratores; veluti tutores, quasi ex contractu obligari videntur; neque enim hi aut tutelam suscipientes, aut susceptam administrantes, cum pupillis ullum negotium contrahunt; multòque minùs ea res speciem maleficii aut quasi maleficii habet; *l. 5. §. 1. de obl. & act.*

Actiones mutuæ] Pupillo prodita est actio tu-
1 telæ directa, qua, finita tutela, *l. 4. de tut. & rat. distr.* tutorem convenire potest, ut rationem reddat administrationis suæ, & tam non gesti, quàm gesti, atque ut reliqua inferat; *l. 1. d. tit. l. 7. l. 9. C. arbitr. tut. l. 2. Cod. si tut. vel cur. non gess.* Et quamvis in administratione tutelæ nulla versetur utilitas tutoris; placet tamen, tutorem in rebus pupilli non tantùm dolum & culpam latam, sed etiam levem præstare; *l. contractus 23. de reg. jur. d. l. 7. Cod. arb. tut.* quod ratio muneris publici ad defensionem miseræ ætatis constituti suasit. Quicquid ergo vel dolo tutoris, aut lata ejus culpa, vel etiam levi amissum vel non acquisitum erit, cùm conservari aut acquiri potuisset; hoc in tutelæ judicium veniet, *d. l. 1. l. cum tutor. 18. de tut. & rat. distr. d. l. 7. & l. 4. Cod. arb. tut. l. si tutori 23. Cod. de adm. tut. l. 3. Cod. de peric. tut.* Enim verò quoniam necessitas gerendi excusatione digna est; si tutor pro captu suo bona fide facit, quod potest; non majorem diligentiam ab eo requiremus, quàm quantam
2 suis rebus adhibere solet, hoc est, ut levem culpam præstet dumtaxat, non etiam levissimam; *d. l. tut. & rat. dist. d. l. 7. Cod. arb. tut. l. à tutoribus 33. pr. de adm. tut.* Frustra verò ex *l. 4. Cod. de peric. tut.* (quæ ait: A tutore fortuitos casus non præstari) quidam eliciunt: Tutorem teneri ex cæteris causis omnibus, atque adeò ex culpa quoque levissima; *add. Pet. Fab. ad l. 23. de reg. jur.* Vice mutata, tutor cum pupillo, cujus tutelam gessit, habet contrariam tutelæ actionem, qua, sive impenderit quid in rem pupilli, sive aut se aut res suas pro pupillo obligaverit; & impensas recipiat, & ab obligationibus liberetur *l. 1. in pr. l. ult. de contr. tut. act. l. ult. C. eod.* Hæc eadem mutatis personis ad curatores quoque & adultos transferenda sunt *l. 8. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. l. 3. l. 4. l. 7. C. de arbitr. tut. cum similib.*

TEXTUS.

De rei communione.

3. *Item si inter aliquos communis res sit sine societate: veluti quod pariter eis legata donatave esset, & alter eorum alteri ideò teneatur communi dividundo judicio, & quòd solus fructus ex ea re perceperit, aut quòd socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit; non intelligitur ex contractu propriè obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia ex maleficio non tenetur; quasi ex contractu teneri videtur.*

De hæreditatis communione.

4. *Idem juris est de eo, qui cohæredi familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.*

NOTÆ.

3. *Sine societate*] Datur quidem judicium communi dividundo etiam cum ex societate res communis est; *l. 1. & 2. comm. div.* sed eo casu est ex contractu.

Et alter eorum alteri] Principalis finis judicii communi dividundo est, ut res dividantur, & à communione recedatur; *§. 4. & 5. infr. de off. jud. d. l. 1. comm. div. l. 1. fam. ercisc.* tum ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet lucri, damni, impensarum nomine, *l. 3. d. tit.* lucri, *ut in l. 3. C. eod. §. 4. inf. de off. jud.* damni, ut *l. 16. §. pen. l. 25. §. 16. fam. erc.* impensarum, ut *l. 18. §. 3. d. tit. l. 4. §. 3. comm. div. & hoc text.*

Quòd socius ejus solus] Observa: socium dici etiam eum, qui rem cum alio communem habet extra causam societatis; puta collegatarium ejusdem rei, &c. sed ista societas voluntaria non est sed necessaria.

Qui cohæredi familiæ ercisc.] Quippè semota hæreditatis divisione, cætera sunt utrique judicio cum altero communia; *l. 6. §. 11. comm. div.*

COMMENTARIUS.

1 *Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat.*

2 *Culpa in judicio communi dividundo ad quam diligentiam dirigatur.*

TErtia species, quæ quasi ex contractu obligationem producit, est Communio rerum inter aliquos citra societatem suscepta. Rerum 1
communio sic inter aliquos constituta, sive hæreditatis inter cohæredes, sive rerum singularum inter eos, quibus eadem res legata aut donata est, quive simul eamdem rem emerunt sine affectione societatis, duarum rerum obligationem parit: nam & consortem ad rerum divisionem obli-

obligat, & in communione manentis præstationibus, quibusdam ad eam communionem pertinentibus implicat: *leg. item Labeo* 22. §. 4. *fam. erc. l.* 4. §. 3. *comm. divid.* Prima & præcipua hic obligatio est: quòd consors, si sponte communionem ommittere nolit, compellatur ad divisionem judicio divisorio; in quo hoc maximè agi constat, ut sua cuique parte adjudicata, à communione, quam nec suscipere, nec retinere quisquam cogitur; *l.* 26. §. 4. *de cond. ind. l. ultim. C. comm. div.* discedatur; *l.* 1. *fam. erc. l.* 1. *com. div.* §. *quædam* 20. *inf. de act.* Divisio rerum qualis sit; quæ in ea adjudicatio; quæve mutua condemna-
2 tio; explicatur §. 4. *& seq. inf. de offic. jud.* Præstationes personales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impensarum nomine; *l.* 3. *comm. div.* Lucri, ut si quid ad unum è consortibus ex re communi pervenit, id cæteris communicet; *l.* 3. *C. eod. d.* §. 4. *inf. de off. jud. & hoc text.* Damni: ut si quid damni in re communi datum aut factū est culpa aut negligentia unius, id cæteris proportione cujusque sarciat; *l.* 16. §. *pen. l. hæredes* 25. §. *non tantùm* 16. *&* §. *item culpa* 18. *l. inter cohæredes* 44. §. *quod ex fact.* 5. *fam. erc.* Culpa non ad exactissimam diligentiam dirigitur: quoniam qui rem cum alio communem habet, propter suam partem causam habet gerendi; & ideò non major diligentia ab eo exigitur, quàm qualem suis rebus adhibere consuevit; *d. l. hæredes* §. *non tantùm*. Impensarum: ut si quæ ab uno in res communes factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei à cæteris pro rata refundantur; *hoc text. l.* 18. §. 3. *d. l. hæredes* §. *idem juris & seq. fam. erc. l.* 4. §. 3. *comm. div.* Quorum omnium consequendorum causa comparatæ sunt actiones inter hæredes familiæ ercifcundæ; inter eos, quibus res una vel plures communes sunt extra causam hæreditatis; communi dividundo; *tit. Pand. & C. fam. erc. & comm. div.* Sive autem propter præstationes illas, sive propter divisionem rerum hæc judicia reddantur; semper quasi ex contractu proficiscuntur.

TEXTUS.

De aditione hæreditatis.

5. *Heres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur; (neque enim cum hærede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse propriè dici potest) & tamen quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur.*

NOTÆ.

4. *Quasi ex contractu*] Quia cum hæreditatem amplectitur; simul judicium defuncti agnoscere seque oneribus, quæ ex voluntate defuncti subeunda sunt, subjicere creditur; *dict. l.* 5. §. 2. *l.* 3. §. *ult. & l. seq. quib. ex cau. in poss.*

Vinnius in Institut.

COMMENTARIUS.

1 *Hæredem propriè quasi ex contractu obligari legatariis & fideicommissariis; non item creditoribus hæreditariis.*

QUarta species contractus, Aditio hæreditatis. Certum est, hæredem adeuntem hæreditatem nullum cum legatariis, quos fortassis ne novit quidem, negotium contrahere: sed & plus quàm manifestum est, nullum in ea re maleficium esse. Restat ergo, ut ex hac causa quasi ex contractu obligetur. Nimirum cum quis hæreditatem sibi delatam amplectitur; simul judicium defuncti agnoscere, seque oneribus, quæ ex voluntate defuncti subeunda sunt, subjicere creditur: atque ita quodammodò cum legatariis contrahere, tacitèque ita sese obligare videtur; *l.* 5. §. 2. *de obl. & act. l.* 3. §. *ult. & leg. seq. quib. ex ca. in poss.*

Legatorum nomine] Hæres tunc propriè quasi ex contractu obligatur, cum non alia obligationis causa est, quàm agnitio voluntatis defuncti: 1
Itaque ex hac causa tantùm tenetur creditoribus testamentariis, seu legatariis & fideicommissariis; *d. l.* 5. §. 2. *de obl. & act. & hoc text.* Atque his solis actio personalis, quæ in usu juris actio ex testamento dicitur, & quasi ex contractu nascitur, competit; *vid. sup.* §. 2. *de legat. & ibi not.* Creditoribus autem hæreditariis, id est, creditoribus defuncti non tenetur quasi ex contractu & facto suo, sed ex ipso contractu & facto defuncti; qui obligationem & actionem, qua illis teneri cœperat, in hæredem suum transmittit. Hæ sunt obligationes & actiones hæreditariæ; eædem nimirum illæ, quæ competebant adversùs defunctum, & ex eadem causa. Inauditum enim est, creditores hæreditarios actione ex testamento experiri. Ex legatis verò non est obligatio hæreditaria, sed obligatio hæredis, quamvis hæreditariæ loco esse dicatur; *l. hæreditarium* 40. *de obl. & act.* Eadem obligationis ratio est & in legatariis & fideicommissariis, à quibus quid relictum est: eademque adversùs eos actiones ejus rei obtinendæ causa constitutæ; *l. un.* §. *pro secundo* 4. *C. de cad. toll. l.* 1. *C. comm. de legat.*

TEXTUS.

De solutione indebiti.

6. *Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeò enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus esse: ut si certiorem rationem sequamur; magis (ut suprà diximus) ex distractu, quàm ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecu-*

ni :m dat; in hoc dare videtur, ut distrahat potiùs negotium, quàm contrahat. Sed tamen perinde is qui accepit obligatur, ac si mutuum ei daretur; & ideò condictione tenetur.

NOTÆ.

. 6. *Cui quis per errorem*] Facti quidem, etiamsi subsit naturalis aliqua obligatio, quæ tamen destituta sit juris civilis aux lio: *l. 9. C. ad l. Falc. l. 7. C. de cond. ind.* Cæterum etiam juris, si is, qui solvit, ne natura quidem qualis qualis debitor est; arg. *l. 7. de cond. ca. dat. leg. 32. §. 1. leg. 59. l. 66. de cond. ind. l. 8. de jur. & fact. ign. l. 1. pr. ut in poss. leg. cum simil.*

Quasi ex contractu] Quia hæc res speciem negotii invicem gesti habet; *l. 33. de cond. ind.* Cæterum extra id, quod agitur, tacitè hic obligatio nascitur; *l. 13. in fin. commod.*

Perinde obligatur] *L. 5. §. 3. de obl. & act.* Ex bono scilicet, & æquo; *l. 14. l. 66. de condit. ind.* cùm stricta ratione actus agentium non operentur ultra eorum intentionem; *l. 19. de rebus cred.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando qui sciens indebitum recipit furti obstringatur.*

2 *Quæ requirantur, ut indebitum solventi competat.*

3 *An ejus quod errore juris solutum est, aliquando repetitio sit.*

4 *Sit ne obligatio ex vero contractu, an quasi.*

QUinta & postrema species, unde obligatio quasi ex contractu proficiscitur, est Indebiti per errorem solutio. Habet hæc species magnam cum mutuo affinitatem: quæ causa est, quod *sup. §. 1. quib. mod. re cont. obl.* statim post contractum mutui etiam indebiti soluti mentionem fecit; sed cùm ille dicat: Obligationem, qua tenetur is, qui indebitum accepit, ex contractu non consistere; tacitè significat, quasi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertiùs ostendit ex Gajo *l. 5. §. is quoque 3. de obl. & act.* Res ita habet. Qui indebitum solvit: aut sciens ac prudens hoc facit; quo casu accipiens non obligatur, cessatque adeò repetitio, etiamsi ea mente dedit, ut posteà repeteret; *l. 1. l. si non sortem 26. §. 2. & 3. h. t. de cond. ind. l. 9. C. eod. l. cujus 53. de reg. jur. junct. l. quod quis 50. hoc tit.* Aut dubitans: qui si nominatim solutioni hanc legem dicat, ut reddatur; si posteà apparuerit esse indebitum, ex vero contractu accipientem obligar ad restitutionem; *l. 2. eod.* Si verò simpliciter solvat; quasi ex contractu: siquidem dubitanti æquè ut erranti repetitio datur; *l. ult. C. eod.* Aut denique, quod plerumque fit, per errorem, seu ignorans se non debere, de qua specie passim agitur in *Pand. & C. de cond. ind.* estque eadem illa, in qua accipientem quasi ex contractu obligari hoc loco & *d. l. 5. §. 3. de obl. & act.* traditum est: quàm rectè; videbimus posteà. In accipiente nulla erroris aut scientiæ distinctio est. Denique qui sciens indebitum recipit, etiam furti obstringitur; *l. quoniam 18. de cond. furt. l. falsus 43. in pr. de furt.* Quod ita verum est, si creditorem se simulans alterum ad solvendum induxit: nam si pecuniam ultro sibi oblatam à debitore accipit; furtum non committit, *arg. d. l. falsus, Costal. post Bard. ad d. l. quoniam.* 1

Cui quis per errorem indebitum solvit] Ut in specie proposita solventi quæratur obligatio & soluti condictio, duo requiruntur ut indebitum sit quod solvitur; ut solvatur per errorem. Primum exigimus, ut indebitum: nam debiti soluti nulla repetitio est: Et quidem nemo dubitat, quin cesset repetitio, si id quod solutum est & civili & naturali jure debitum fuit. Sed quid si alterutro tantùm? Si tantùm jure civili, id est, ex obligatione, cui deest vinculum æquitatis; ut summo quidem adhuc jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur; placet, locum esse repetitioni; *l. si non sortem 26. §. 3. leg. qui exceptionem 40. l. ex his omnibus 54. hoc tit. de cond. ind.* Nimirum tale debitum tantùm verbo ita dicitur; re autem debitum non est: quoniam jure naturali non debetur, adeòque nec jure civili verè deberi intelligitur; *l. 3. §. 1. de const. pec. l. nihil 112. de reg. jur.* Naturale autem debitum in hac causa pro vero debito habetur: eoque etsi exigi non potest; solutum tamen, quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur: sententia innumeris locis tradita; *l. 10. de obl. & act. l. 16. §. naturales de fidejc. l. 3. §. ult. quod quisque jur. l. 13. l. 19. hoc tit.* Et verò cùm etiam id quod natura debetur, in compensationem veniat; *l. 6. de compens.* summa ratione denegatur quoque ejus soluti repetitio. Sed & si debitori detur exceptio perpetua cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem; adhuc dicimus, solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ: siquidem sententia judicis obligationem consensu constitutam perimere non potest; & ideò quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse: Julianus & Paulus responderunt, *l. 60. hoc tit.* Huc item plerique referunt exceptionem Senatusc. Macedoniani: nam & filiusfam. si mutuam pecuniam Senatusc. acceperit, & paterfam. factus perperam solverit non repetit: quoniam naturalis obligatio manet; *l. 10. de sen. Mac.* Affertur & alia ratio denegandæ in hac causa condictionis; *l. 40. hoc tit. l. 9. in fin. de senat. Maced.* sed ea non est generalis, ut apparet ex *dict. l. 60.* Atque ego in hac specie omninò distinguendum puto inter errorem juris & facti; *juxta not. inf. num. 3. in fin.* Enimverò naturale debitum more Veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & effi- 2

efficacia obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quòd si naturalis obligatio jure civili improbata fit, aut destituta juris civilis auxilio, qualis est mulieris intercedentis, *l.* 16. §. 1. *ad senat. Vell.* prodigi promittentis, *l.* 6. *de verbor. obligat.* pupilli sine tutoris auctoritate contracta: licèt hæc admittat accessiones, ea non attenditur, & perinde repetitio datur, ac si quod ex ea causa solutum est, nullo jure debitum esset, *l.* 9. *Cod. ad senat. Vell. l.* 41. *hoc tit. l.* 6. *de verb. obligat.* Eodem jure civili insuper habetur obligatio naturalis, quam inducit voluntas testatoris, vel minùs solemnis, vel legantis supra dodrantem bonorum. Cæterum hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *l.* 9. *Cod. ad l. Falcid. l.* 7. *Cod. hoc tit.* Error duplex est; facti unus, scilicet cum factum ignoratur, ex quo jus oritur; alter juris, cum factum scitur, sed quid jus hic tribuat ignoratur; *l.* 1. *de jur. & fact. ignor.* Unde quæsitum est: Quomodo accipiendum, quod passim simpliciter & generaliter
3 definitur; Indebitum per errorem solutum repeti posse: de errore facti tantùm, an etiam de errore juris. Veterum Interpretum sententia est: Id nulla subest naturalis obligatio etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse: in quam sententiam & ipse concedo, cum *D. Zas. ad rubr. hoc tit. num.* 5. *Sichard. ad rub. & l.* 1. *Cod. eod. Vesemb. par. eod. num.* 9. *Christin. volum.* 3. *decis.* 8. *num.* 3. *Bachov. de act. disput.* 4. *thes.* 17. *Ioan. Arn. Corvin. in Enchiridio, tit. quibus mod. re contr. oblig.* Movet me primùm hæc ratio: Quod condictio indebiti ex bono & æquo datur, *l.* 9. *hæc condictio* 66. *hoc tit. de condit. ind.* cui omninò consequens est: eam non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi posse. At quam æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate conductionis excipere, cui quid solutum est quantumvis per ignorantiam juris, quod natura non debetur; sive quod causa debendi jure non valet, ut omninò non debeatur; sive quod effectum non habet, ut accidit in merè civili debito? Nam cùm tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur, *l. quæcumque* 14. *de compens.* accessiones non admittat; *l.* 3. §. 1. *de pec. constit. l.* 7. *de fidejuss.* cùm Prætor eo nomine in re aperta deneget actionem: in dubio non det nisi cum exceptione, quo ipso ostendit, se id pro debito non habere, per *l.* 9. *de jurej.* quis credat, si id vel per errorem juris solutum sit, retineri posse? Ut ecce: Si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coegerit, ut promitteret; non possum adduci ut credam, solutum ex his causis retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse hoc solo prætextu, quòd solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali, aut quod metus causa. Et ne videamur sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *leg. qui se debere* 7. *de cond. ca. dat.* ubi disertè Julianus post Nervam & Atti-licinum respondet: Pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cùm exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solutam errore juris. Similes loci sunt in *l. cum is* 32. § 1. *l. si fidejussor.* 59. *de cond. ind. l.* 5. *Cod. eod. leg. quæ fideicommissa* 79. *de legat.* 2. & apertissimus in *l.* 1. *ut in poss. leg. in pos. fac. item l. mandatum* 67. *mandat.* Porrò etiam me movet, quòd in toto *tit. Pand. de cond. ind.* quamvis prolixo nusquam aut tantùm errori facti repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, sed perpetuò tribuitur errori simpliciter, sive quod solutum est omninò non debeatur; sive propter exceptionem perpetuam exigi non potest, *l. si non sortem* 26. §. 3. *leg. qui exceptionem* 40. *l. ex his omnibus* 54. *eod.* ut vel hinc intelligere liceat: errorem quidem, qualiscumque sit, repetitioni non obstare, sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probat tum *dict. l. si non sortem* §. 3. & *l.* 24 *eod.* tum ratio, ob quam placet, eum, qui sciens indebitum solvit, non repetere; nimirum quia donasse intelligitur, *l. cujus* 53. *de reg. jur. l.* 7. *Cod. de cond. ob ca. dat.* quod de eo, qui se solvendo adstrictum putat, dici non potest. Postremò illud me movet, & vel maximè, quod traditur in *l.* 8. *de jur. & fact. ign.* Nemini in damnis amittendæ rei suæ ignorantiam juris nocere. Ex eo enim perspicuè evincere mihi videor, etiam id, quod per errorem juris indebitum solutum est, condici posse: nam si hoc negamus; illud fateamur necesse est: errorem juris etiam in amittenda re suâ cuique nocere, contra sententiam Papiniani in *dict. l.* 8. Neque video quid ad hoc responderi sine cavillatione possit. Nam certè illa Neotericorum dissentientium responsio captiosa est: Quòd condicens non laboret de re amittenda, sed de amissa. Si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittat, ut nullam habeat repetitionem: utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque verò de tempore condictionis instituendæ quæritur, sed factæ solutionis: negatque Papinianus errantem in jure rem suam amittere, videlicet sic, ut eam numquam possit repetere, & quod idem Papinianus in *l.* 7. *eod.* definit, Ignorantiam juris suum petentibus non nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Neque huic obstat *l.* 29. §. 1. *mand.* Nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant: debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat; & fidejussor, qui cùm id non ignoraret, nihilominùs tamen solvit: negaturque, hoc casu fidejussori competere actionem mandati, de condictione autem nullum ibi verbum. Quod verò dicitur juris ignorantiam nocere, *l.* 9. *de jur. & fact. ign* sic accipiendum est, non prodesse, lucro non afficere; cæterum non damno. Cæterum meminisse oportet ejus, quod initio diximus, ita errorem juris non impedire, quominùs solutum condici possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quòd si is qui solvit, natura qualisqualis debitor est, quæ res simul justam retentionis causam accipienti tribuat; hoc sanè casu juris inter & facti erro-

rem distinguendum erit: ut alteri denegetur repetitio; alteri concedatur. Ut ecce: cùm essem filiusfam. mutuam pecuniam contra Senatusconsultum accepi, & paterfam. factus solvi: si per ignorantiam juris; non repetam; si per errorem facti, contra; *arg. legum. qui exceptionem 40. de cond. ind. l. 9. in fin. cum l. seq. junct. l. ultim. de Senat. Maced.* Solvi legatum vel fideicommissum secundùm voluntatem testatoris, sed minùs solemnem solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia: si errore facti; repetitionem habeo, si errore juris; non item; *l. 2. C. adv. sol. l. 7. C. de cond. ind. l. 9. Cod. ad leg. Falcid.* Non equidem ideò, quòd hic solus error juris mihi noceat: sed quòd simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris; per *l. 2. Cod. de fideicommiss. l. in testamento 38. de fideicom. lib. l. 5. §. si quis 11. de don. int. vir. & uxor.* justam facit retentionem. Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt alii loci Codicis, in quibus fortè aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantùm tribuitur; ut in *l. leg. 10. C. de jur. & fact. ignor. l. 6. Cod. de cond. ind.* Nam profectò ob hoc solum, quòd ego in jure erravi, tu justam retinendi ejus, quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes: & hic melius est favere repetitioni, quàm adventitio lucro; per *l. non debet 41. §. 1. de reg. jur.*

Magis ex distractu, quàm ex contractu] Obligatio indebiti per errorem soluti non est ex contractu: nam omnis ex contractu obligatio est ex mutuo consensu & conventione. At neque qui in solutum dat eo animo est, ut accipientem sibi obliget; neque qui accipit, ut alteri obligetur: sed datur & accipitur obligationis, quæ subesse putatur, tollendæ causa. Verùm extra id quod agitur, tacitè hæc obligatio nascitur;
4 *l. 13. in fin. commod. l.* nimirum ex consensu ficto & præsumpto; & ideò quasi ex contractu: nam & qui solvit interpretatione juris existimatur eo animo esse; ut si indebitum sit, accipientem ad restituendum obliget: & qui accipit ea conditione accipere; ut nihil alienum injuria retineat: quæ res speciem quamdam contractus & negotii invicem gesti habet; *l. si in area 33. de cond. ind.* verum autem contractum non efficit; *l. non omnis 19. de reb. credit.* Quod etiam ex eo intelligere licet, quòd condictio indebiti non datur ultra, quàm locupletior factus est qui accepit; *l. si non fortem 26. §. libertus 12. de cond. ind.* si verò ex contractu & conventione descenderet; daretur in solidum. Illud paulò pinguius dicitur: Accipientem obligari ex distractu: nam si esset ex distractu obligatus; ex quasi contractu non esset: quippe distractus & contractus nulla similitudo est; neque ex eo, quod verè & expressè agitur, hic nascitur obligatio, sed extra id tacitè inducitur; ut jam ostensum est. Ac ne illud quidem verum est: ullum hic intervenire distractum, cùm nulla præcedat obligatio, quæ distrahatur; neque putandum, hoc Imperatorem sensisse, cujus mens satis plana est; hæc scilicet: eum, cui indebitum per errorem solutum est, non obligari ex contractu; quoniam qui solvendi animo pecuniam dat, non hoc agit, ut accipientem sibi obliget: sed ut obligationem, qua se teneri falsò putat, distrahat & dissolvat; & qui accipit non ea mente esse, ut se obliget alteri; sed ut alterum, quem sibi obligatum existimat, ea obligatione liberet: quamquam neutrum revera fiat.

TEXTUS.

Quibus ex causis debitum solutum non repetitur.

7. *Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit: sic namque definierunt Veteres. Ex quibus causis inficiando lis crescit; ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod Veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant: nostra autem Constitutio cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis hoc præbuit: sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis Ecclesiis & cæteris venerabilibus locis, quæ vel religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur; non repetuntur.*

NOTÆ.

7. *Repeti non potest*] Quasi solutum transactionis causa ad evitandum periculum dupli.

Ex quibus causis inficiando] Hoc est, ex quibus actio adversùs confitentem in simplum datur, adversùs negantem in duplum; *l. 23. §. pen. ad leg. Aqu. §. 26. inf. de act.* Paul. *1. sent. 19.*

Item ex legato] Et tertiò ex causa depositi miserabilis; *l. 1. §. 1. & seq. depos. d. §. 26. inf. de act.* Sed nec quod transactionis causa; *l. 65. §. 1. de cond. ind.* aut dotis nomine datum est opinione debiti repetitur; *l. 32. §. 1. eod.*

Non repetuntur] Nam sublata falsa opinione; relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest; Julian. *l. 32. §. 2. de cond. ind.*

Con-

COMMENTARIUS.

1 *Causæ, ex quibus lis per inficiationem crescit.*
2 *Cur ex his causis Veteribus placuerit, indebitum per errorem solutum repeti non posse.*
3 *Nonnullæ aliæ causæ, ex quibus indebitum errore solutum non repetitur: & quid hic moribus nostris.*

SUnt quædam causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum repeti non potest:
1 cujusmodi sunt illæ, in quibus lis seu actio per inficiationem crescit; hoc est, ex quibus actio adversùs confitentem in simplum datur, adversùs negantem in duplum; *leg. inde Neratius* 23. §. *penult. ad leg. Aquil.* §. *sed furti* 26. *infr. de act. Paul.* 1. *senten.* 19. Crescit hoc modo lis per inficiationem tribus in causis uno loco comprehensis à Justiniano *dict.* §. *sed furti*. Primò in actione legis Aquiliæ de damno dato, *dict. leg. inde Neratius*, §. *pen. leg. item veniunt* 20. §. 4. *de hær. petit. l.* 5. §. 2. *de serv. corr. Paul. dict. loc.* Deinde in actione depositi miserabilis; id est, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa factum est; *l.* 1. §. 1. *cum seqq. depos.* Postremò in actione legatorum religionis aut pietatis intuitu relictorum; *dict.*
2 §. *sed furti*. Ex his causis si quis per errorem solvit quod non debebat, ejus secundùm definitionem Veterum nullam repetitionem habet; *l.* 4. *Cod. de cond. ind. & hoc tit.* Cujus rei ratio perobscura est: nam manifesta æquitas reclamare videtur. Non habeo quod respondeam, nisi quod verisimile est: certis in causis receptum fuisse, ut interrogati in jure si negarent, & mendacii convincerentur, in duplum irent: unde posteà inductum, ut qui ex his causis conventus solvisset quantumvis indebitum, non repeteret; quasi simplum ideò solverit, ne inficiando periculum dupli subiret: & ita quasi transigendo hoc periculum à se amovere voluerit. Oportet verò causam aliquam subesse, verbi gratia, damnum esse datum, licèt fortè non ab eo, qui convenitur, sed ab alio; legatum aliquod in pios usus relictum esse; licèt fortè minùs solemniter. Nam si nullum damnum datum sit, aut nihil relictum, puto, locum esse repetitioni: quod etiam Interpretes notant. Excipiuntur & aliæ causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum non repetitur; ut causa dotis; & transactionis. Quod dotis nomine solutum est, puta à matre aut sorore licèt falsa opinione debiti, tamen pietatis ratio efficit, ut non repetatur; uti traditum est in *leg. cum is* 32. §. 2. *de cond. ind.* Similiter quod transactionis causa datur, licèt res nulla media fuerit; non repetitur, ne lites resuscitentur; 3
leg. in summa 65. §. 1. *eod. l.* 2. *C. de transact.* Excipiunt & causam judicati; sed malè. Quoniam regula est de indebito soluto: at quod ex causa judicati solvitur id vel maximè debitum est: quippè quod etiam ab invito exigi potest; ut mirum non sit, pecuniæ ex ea causa solutæ repetitionem non esse; *vid. Cujac. par. Cod. de cond. ind.*

Per damnationem] In legatis per damnationem relictis olim lis inficiatione crescebat; *Paul.* 1. *sent.* 19. quod in his legatis receptum fuisse videtur propter severitatem judicii testatoris hæredem suum dare damnantis, haud secus ac judex reum convictum condemnat; quasi majori odio dignus sit qui inficiatur, quod testator tam enixè voluit, & severè imperavit, quàm qui legatum simpliciter datum negat.

Nostra autem Constitutio] Constitutione Justiniani, quæ extat in *l.* 2. *C. comm. de legat.* legatis omnibus & fideicommissis eadem natura attributa est. Illa autem Constitutio, qua jus, de quo hic agitur, ad legata & fideicommissa religionis aut pietatis causa relicta coarctavit, non extat; & credibile est, Græcè scriptam intercidisse.

Religionis vel pietatis] Religionis intuitu quid relinquitur Ecclesiis, cœnobiis: pietatis intuitu, xenodochiis, nosocomiis, orphanotrophiis, &c. Nostris moribus jus hoc §. constitutum exolevit, nullaque lis crescit inficiando. Groenew. *dict. leg. abrogat. hic.*

TITULUS XXIX.
PER QUAS PERSONAS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

Lib. 4. Tit. 27.

Ratio ordinis.

Huc usque expositæ sunt duæ illæ obligationum causæ, Contractus & Quasi contractus. Quoniam autem ex his causis non tantùm per nosmetipsos & facto nostro obligationem acquirere possumus, sed etiam per eos, qui in potestate nostra sunt, vel revera, vel justa opinione nostra; de eo nunc conclusionis loco aliquid subjicitur ad eumdem modum, quo supra *lib. 2.* disputationem de acq. rer. dominio concludit titulus *per quas pers. cuiq. acquir.* Unde etiam pleraque, quæ ad explicationem hujus loci pertinent, petere licebit: nam quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

TEXTUS.

De his quæ sunt in potestate.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur; admonendi sumus, acquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt; veluti per servos & filios nostros: ut tamen quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat; quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum; hoc dividatur secundum imaginem rerum, proprietatis & ususfructus, quam nostra decrevit Constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat; hujus usumfructum quidem habeat pater; proprietas autem filio servetur; scilicet patre actionem movente secundum novellæ nostræ Constitutionis divisionem.

NOTÆ.

Quod autem liberos] Quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

Patre actionem movente] Utpotè qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Filii tamen consensus quoque adhibendus, nisi adhuc in prima ætate sit constitutus; *leg. ultim. §. 3. Cod. dict. tit.*

Novellæ nostræ Constitut.] *Dict. leg. ultim.* Novellam vocat, eò quòd lata est priore Codice jam edito. In summa sic habe. Ex castrensi & quasi castrensi peculio filius sibi pleno jure actiones acquirit; ex profectitio pleno jure patri; ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

COMMENTARIUS.

Veluti per servos] Quemadmodum res cæteræ per servos nostros nobis acquiruntur: sic etiam obligationes earumque jus integrum ac solidum ad dominum pertinet; *l. 1. & passim de stip. serv. & sup. eodem tit.* ubi de hoc explicatum est.

Quam nostra decrevit Constitutio] Theophilus *διῄρησε, discrevit*. Intelligit autem *l. cum oportet 6. C. de bon. quæ lib.* ubi ea omnia, quæ peculii adventitii nomine continentur, ita partitur, ut eorum usumfructum assignet patri; filio proprietatem. Peculii profectitii, castrensis & quasi castrensis quæ ratio sit; docetur *§. 1. sup. per quas pers. cuique acqu.* Unde summatim illud intelligitur: ex castrensi & quasi castrensi peculio filium sibi pleno jure actiones acquirere; ex profectitio pleno jure patri; ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

Secundùm novellæ nostræ] Licèt ex causa peculii adventitii filiofam. proprietas quæratur, patri tantùm ususfructus, quod minus est; placet tamen: solum patrem actione exercere & excipere, utpotè qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Adhibendus tamen est filii quoque consensus, nisi is in prima adhuc ætate sit constitutus, vel longè absit; *leg. ultim. §. ubi autem 3. Cod. de bon. quæ lib.* quæ est illa novella Constitutio, cujus hic meminit Justinianus. Novellam vocat, eò quòd lata est, priore Codice jam edito, qui solus tunc, cùm institutiones scriberentur, pro Codice erat. Nam Constitutiones emissæ post priorem Codicem novellæ vocitatæ sunt usque ad posterioris Codicis, cui insertæ sunt, editionem; quemadmodum nunc Constitutiones promulgatæ post secundum Codicem Novellarum titulo circumferuntur.

TEXTUS.

De bona fide possessis.

1. *Item per liberos homines & alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis; sed tantùm ex duabus causis: id est, si quid ex operis suis; vel ex re nostra acquirant.*

De servo fructuario, vel usuario.

2. *Per eum quoque servum, in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.*

COMMENTARIUS.

Etiam per eos, qui à nobis bona fide possidentur, sive liberi sint, sive servi alieni; item per servos, in quibus usumfructum habemus, obligatio nobis acquiritur: cæterum duabus dumtaxat ex causis; ex operis eorum; & ex re nostra. Sed & hoc pluribus explicavimus *sub §. de iis autem, 4. sup. per quas pers. cuiq. acq.*

Vel usum] Has voces à Veteribus quibusdam codicibus abesse notat Accurs. & probabiliter delebuntur. Nam sanè usuarius non idem jus habet quod fructuarius, ut ex utraque prædicta causa acquirat. Constat enim, ex operis servi, in quo nudum usum habemus, nobis non aliter acquiri, quàm si operis ejus utamur in re nostra, *leg. per servum 14. leg. si ita 16. §. 2. leg. servus 20. de usu & habitat. vid. sup. §. 3. eod. tit.*

TEXTUS.

De servo communi.

3. *Communem servum pro dominica parte dominis acquirere certum est, excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit; veluti cum ita stipulatur,* Titio domino meo dare spondes? *Sed si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, licèt antea dubitabatur; tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum acquirat, qui hoc ei facere jussit, ut suprà dictum est.*

COMMENTARIUS.

Si servus communis sit plurium dominorum, quibus & quatenus acquirat, disces ex *§. ult. sup. de stip. serv. & ibi notat.*

Post nostram decisionem] Est *leg. ultim. Cod. per quas pers. nob. acq.* ubi veterum super re propositam controversiam decidens sic in summa cavet: Cum unus ex dominis servum stipulari jubet, & is nominatim alteri domino stipulatur, siquidem is, qui jussit servum stipulari, jussit specialiter, ut stipularetur sibi, seu suo jubentis nomine; statuit Justinianus, ut stipulatio acquiratur jubenti, ita ut hoc casu plus valeat jussio, quàm nominatio: sin autem is, qui jussit servum stipulari, simpliciter jussit, hoc casu vult obligationem acquiri nominato; ut hic nominatio plus valeat, quàm generalis jussio: cujus distinctionis meminisse debuerat Tribonianus. Quòd si simpliciter ab uno stipulari jussus, simpliciter quoque, id est, nullo dominorum nominato, stipulatus fuerit, hunc casum apud veteres jus certum habuisse indicat, ut tunc ei soli acquiratur, qui jussit.

TITULUS XXX.
QUIBUS MODIS TOLLATUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 4. Tit. 2. 3. 4. C. Lib. 8. Tit. 42. 43. 44.

Continuatio. Quibus modis, aut ipso jure, aut per exceptionem tollatur obligatio.

Explicatum hactenus, quibus modis obligatio contrahatur; commodum nunc subjungitur, quomodò rectè ab initio constituta distrahatur, ejusque nexu debitor liberetur; quamquam & differri hæc tractatio potuit, donec de obligationibus quoque, quæ ex delicto vel quasi ex delicto nascuntur, præceptum esset. Modi distrahendarum obligationum multi sunt; quorum alii ipso jure liberant; alii per exceptionem seu tuitione Prætoris. Ipso jure liberant solutio; acceptilatio, novatio; dissensus utriusque partis interdum; obligationis confusio, *l. sicut 75. leg. pen. de solut. leg. 7. Cod. de pact.* debiti oblatio & consignatio, *l. 9. Cod. de solut.* compensatio, *§. in bonæ 30. inf. de act.* duarū causarum lucrativarum in eamdem rem & personam concursus, *l. omnes 17. de obl. & act.* rei debitæ ante moram à debitorem fa-

ctam contingens interitus; *leg. si ex legati 23. de verb. obl.* & si quæ sunt generis ejusdem. Per exceptionem liberantur testamento; pacto; sententia; jurejurando: tempore, &c. De liberatione per exceptionem dicetur *inf. lib. 4. tit. de excep.* Hic tantùm traduntur modi, quibus obligatio perimitur ipso jure: atque ex his dumtaxat hi quatuor maximè celebres; solutio; acceptilatio; mutuus consensus. Plerosque alios data occasione alibi interpretati sumus.

TEXTUS.

De solutione.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur; vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec interest, qui solvat, utrùm ipse, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat. Item si reus solverit; etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit: non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

NOTÆ.

Quibus modis tollitur] Ipso scilicet jure; de liberatione per exceptionem dicetur *lib. 4. tit. de excep.*

Solutione] Quæ vox specialiter accepta denotat naturalem præstationem ejus, quod debetur; ut hic, & *l. 49. l. 52. &c. de solut. l. 4. §. 3. de re jud.* generaliter autem accepta ad omnem liberationem pertinet; *l. 54. de solut. leg. 176. de verb.*

Aliud pro alio] *leg. 17. Cod. de solut.* Invito autem creditori aliud pro alio solvi non potest; *leg. 2. §. 1. de rebus credit.* Qui nummos in alia forma reddit, non videtur aliud pro alio solvere; argum. *l. 1. de cont. empt. l. 65. §. 1. de verb. obl. Sen. 6. de ben. 5. Pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.*

Vel invito eo] *L. 23. l. 40. l. 53. de solut.* quoniam & naturali & civili ratione licet, conditionem alterius quamvis ignorantis & inviti facere meliorem; *l. 39. de neg. gest.*

COMMENTARIUS.

1 *Solutionis verbum quàm latè pateat, & quid in specie denotet.*
2 *Aliud pro alio invito creditore solvi non posse: consentiente autem posse; n. 8.*
3 *Quibus casibus æstimatio aut aliud pro re debita rectè præstetur.*
4 *Ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum quod debetur.*
5 *Confirmatur hæc sententia adversùs opinionem Alciati, etiam partis solutionem invito creditore admittentis.*
6 *Respondetur ad argumenta, quibus movetur Alciatus.*
7 *Interdum nec parte à volente creditore accepta, pro ea parte liberationem contingere; & quando.*
9 *Licere unicuique pro debitore solvere, etiam ignorante & invito, & ipso jure liberatur: cum remotione contrariorum.*
10 *Quid si creditor solutionem ab alio oblatam recuset accipere. Et quid si alius pro emphyteuta velit canonem solvere, quo is pœnam commissi evitet.*
11 *Fidejussore simpliciter solvente utrùm reus ipso jure liberetur, an per exceptionem.*

TOllitur omnis obligatio solutione] Primus modus, quo ipso jure obligatio tollitur, ex quatuor hic propositis, est solutio. Solutionis verbum generale est & speciale. Generaliter acceptum ad omnem liberationem quocumque modo factam pertinet, refertturque tunc non tam ad rei, quæ in obligationem deducta est, præstationem, quàm ad ipsius obligationis, quæ quavis liberatione tollitur, substantiam; *leg. solutionis 54. de solut. junct. l. liberationis 47. leg. solutionis 176. de verb. signific.* Specialiter autem accepta vox solutionis unum tantùm tollendæ obligationis modum denotat; naturalem scilicet, sive realem, ut nunc loquuntur, præstationem ejus quod debetur. Itaque contra in hac significatione solutio ad rem debitam refertur: quæ cum præstatur; solvitur, id est liberatur eo nexu, quo cum ipso debitore quodammodò tenebatur. Atque hoc modo accepta sejungitur solutio à satisfactione & omnibus iis modis, quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debitæ præstationem liberatio contingit; *leg. in solutum 49. l. satisfactio 52. leg. prout 80. &c. de solut. l. 9. §. 3. de pign. act. l. 4. §. 3. de re judic.* & in hac speciali significatione etiam accipitur hoc loco. Ait: *Omnis obligatio*, id est, cujuscumque ea sit generis, aut quomodòcumque contracta quod non item in alias omnes species liberationis cadit. 1 2

Ejus quod debetur] Rectè *ejus quod debetur*: nam aliud pro eo quod debetur invito creditore solvi non potest, ut sequatur liberatio; *l. 2. §. 1. de reb. cred. l. cum 16. C. de solut.* veluti si pro pecunia debita certa species obtrudatur creditori: vel pro specie debita offeratur alia species aut speciei debitæ æstimatio: vel si factum pro facto solvatur; *leg. qui res 98. §. mihi 6. de solut.* Nummi quidem in alia forma reddi possunt, nisi hoc damnosum sit creditori; *l. creditorem 99. eod.* sed hoc casu non intelligitur aliud pro alio solvi; *vid. sup. not. ad pr. quib. mod. re contr. obl.* Sunt sanè nonnulli casus, quibus placet, debitorem posse æstimationem pro re debita præstare. Sed hi singulares sunt: quippè in quibus necessitas hoc exprimit: veluti si res debita post moram periit; *l. 8.* 3

de

de cond. furt. aut extat quidem, sed aliena est, & eam dominus non vendit: *l. si domus* 71. §. 3. *de legat.* 1. similemque rationem habet species, *l. non ampliùs* 26. §. 2. *eod. tit.* Idem aliquando suadet & favor; ut in casu *d. l. si domus*, §. 3. *in fin.* At verò extra hujusmodi casus & causas aliud pro re debita dissentiente creditore non rectè solvitur, nisi fortè debitor eam facultatem aliunde acceperit. Veluti in causa noxali: ex qua cùm solam damni æstimationem dominus debeat; per legem tamen noxæ deditione liberatur; *l. 6. §. 1. de re judic.* Item in obligationibus faciendi: ubi si factum non est, quod fieri debuit; pecunia deberi incipit, sed tamen debitor ante litem contestatam faciendo liberatur: quoniam hanc potestatem ab initio ex conventione accepit; *l. stipulationes* 72. *junct. l. si insulam* 84. *de verb. oblig.* Ad hæc sciendum est: ad justam solutionem
4 requiri, ut solvatur simul & semel totum quod debetur, utique si creditor desideret: natura enim obligationis postulat, ut eodem modo, quo quæque contracta est, dissolvatur; *l. prout* 80. *de solut. l. nihil* 35. *de reg. jur.* ac proinde non dissolvitur, nisi res inde debita ita præstetur, ut ab initio deberi cœpit: cœpit autem semel deberi tota; quæ obligationis conditio invito creditore mutari non potest. Sed quoniam hanc sententiam in dubium vocat & impugnat vir summi judicii & auctoritatis And. Alciatus in *l. quidam* 21. *de rebus cred.* contendens: Creditorem etiam partem debiti, quæ offeratur, cogendum accipere; alioqui moram eum facere, & periculo rei oblatæ illigari: age paulò diligentiùs eam & explicemus & adstruamus. Ajo igitur, contra quàm existimat Alciatus: Debitorem non posse partem rei debitæ solvere invito creditore. Quod hanc habet sententiam: Debitorem non posse partem debiti ita offerre, ut creditore recusante accipere, possit eam partem offerre & obsignare hoc effectu, ut vel oblatione mora ejus, si qua intercessit, purgetur, vel obligatione pro parte, quam obtulit, liberetur: & quod idem ferè valet, ajo: Si debitor ejus, quod totum ex aliqua causa debet, partem creditori offerat, licere creditori eam partem non accipere impunè, nullumque esse hujus obligationis effectum. Confirmat hanc sententiam præter id, quod modò attuli de natura obligationis & jure creditori inde quæsito, quod respondetur *l. 3. fam. erc.* & quotidiana experientia docet: partium solutionem multa incommoda habere; & ideò damnosam esse creditori. Jam verò constat, non posse cogi creditorem accipere, quod aliter of-
5 fertur, quàm obligatio contracta est, si ex ea re damnum aliquod metuat: *leg. creditorem* 99. *de solut.* Consentit auctoritas Modestini *l. tutor* 41. §. 1. *de usur.* ubi disertè Jurisconsultus respondet: Debitore solam partem debiti obsignante, non retardari totius debiti usurarum præstationem, nisi expressè cautum sit ut liceret & partem ejus, quod acceptum est, solvere; ut in specie *leg. lecta*, *de reb. credit.* Consentit & illud, quod Impp. rescribunt, *l. 9. C. de solut.* Obsignatione totius debiti solemniter facta, liberationem contigere. Postremò, ita jus esse commune, vel ex eo intelligitur, quod jure singulari favore libertatis receptum est: ut hæres cogatur per partes accipere pecuniam, quam servus pro libertate dare jussus est, *leg. 4. § 6. de statu lib.* & quod in causis publicarum pensionum, quæ pro fundis patrimonialibus præstantur, propria quoque consideratione particularis solutio admissa, dum tribus quotannis vicibus totæ exsolvantur, 6
l. penult. Cod. de collat. fund. patrim. lib. 11. Non adversatur huic sententiæ, quod ratio compensationis pro parte obligationem tollit: *l. 5. C. de compens. l. 7. Cod. de solut.* Nam compensatio auctoritate legum vim justæ solutionis habet, id est, ejus, quæ facta est, quoad concurrentes quantitates ex eo tempore, ex quo utrinque pecunia deberi cœpit, *l. 4. C. de compens. l. 4. l. 11. & seq. Pand. eod.* Neque textus in *l. ultim. quibus mod. pig. vel hyp. solv.* Ibi enim agitur de debitore ex diversis causis obligato, atque ex una earum solidum, quod debet, offerente: nos verò quærimus de uno debito & ex una causa. In contrarium quoque movit Alciatum, quod scriptum est in hac §. 1. *h. t.* Id quod debetur, pro parte rectè solvi. Sed benè vulgò hoc sic accipitur, si creditor ad partis solutionem admittatur. Et illud, quod traditur *l. 2. §. 1. de verb. oblig.* Quasdam obligationes partium præstationem recipere; nimirum natura sua, an pars rei in obligationem deductæ præstari & à creditore accipi possit; ad differentiam earum, quæ natura divisionem non admittunt, ad quas hæc disputatio pertinere non potest. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione; ipse textus in *leg. quidam* 21. *de reb. credit.* quo præcipuè movetur, nostram potiùs sententiam juvat. Nam cùm Jurisconsultus certum tantùm casum proponat, quo creditor partem ejus, quod petit, accipere cogitur, nempè cùm debitor de reliquo, quod an debeatur, non apparet, paratus sit judicio contendere, hoc ipso satis significat, regulam esse in 7
contrarium. Eademque sententia est *l. 8. si pars hær. pet.* Illud in confesso: nec parte à volente creditore accepta semper pro ea parte debitorem liberari; sed conditionem obligationis hic inspiciendam esse. Si obligatio non solùm natura rei dividua est, sed etiam conditione sua: veluti si res una aut conjunctim plures, quæ divisionem admittunt, promissæ sunt, liberatio pro parte contingit: sin minùs, non nisi toto soluto, *l. 9. §. 1. l. si is cui* 94. *princ. de solut. l. 2. §. 1. de verbor. oblig.* Conditione sua divisionem non recipiunt, quamvis alioqui res natura sua dividuas contineant hæ tres, obligatio generis, alternativa, pœnalis; in quibus omnibus placet, debitorem partem rei solvendo pro ea parte non liberari, obstante nimirum conditione obligationis. In stipulatione pœnæ hoc apertè efficit ipsa conditio, neque aliud sine manifesta injuria stipulatoria constitui potest, *l. 5. §. ult. de verb. obl. add. l. in exe-*

cutio-

ontione 85. eod. Ex duabus autem prioribus liberum quidem est debitori, unam aliquam rem ex promissis solvere; non autem duarum rerum partes: quod aliàs evenire posset, d. l. 2. §. 1. d. tit. d. l. 9. §. 1. de resolut. In acceptilatione hoc non metuitur; & ideò etiam in hoc genere pro parte accepto lata liberatio contingit; l. qui hominem 17. de accept. d. l. 2. §. 3. de verb. oblig. An quod in idem debetur, etiam ante diem rectè solvatur; dixi sub §. 2. sup. de verb. obl.

Consentiente creditore] Creditore consentiente etiam res alia pro alia rectè solvitur, proficitque reo ad liberationem non minùs, quàm si eadem res soluta esset; l. manifesti 17. C. de solut. nempe creditori contento rem aliam pro debita accepisse satisfactum est. Satisfactio autem certo jure pro solutione cedit, l. satisfactio 52. de solut. Enim verò ita demum hic nascitur liberatio, si res soluta in solidum accipientis fiat, ut avocari non possit: alioqui & manet pristina obligatio, & manet pro solido, etiamsi pars tantùm evicta fuerit; l. si quis aliam 46. eod. t. quod idem juris est in solutione ipsius rei debitæ: quæ propria fuit debitoris; l. si rem meam 20. l. cum quis 38. §. 3. l. qui decem 72. §. pen. eod.

Nec interest, quis solvat, &c. Non tantùm debitor ipse rectè solvit, sed etiam alius pro eo: ut ista solutione non minùs liberetur, quàm si ipse solvisset; l. manifesti 17. Cod. de solut. Quinimò placet licere cuique pro debitore solvere etiam
9 ignorante eo & invito; leg. solutioni 23. leg. si pro 40. leg. solvere 53. eod. idque naturalis simul & civilis ratio suasit, per quam licet, conditionem alterius quamvis inviti aut ignorantis facere meliorem; l. solvendo 39. de neg. gest. d. l. solvere, de solut. Neque obstat, quod traditur in l. invito 69. de reg. jur. Invito beneficium non dari. Nam hoc vel ad beneficia, quæ à legibus conceduntur, referendum est, quibus uti nemo cogitur; leg. pen. C. de pact. Vel eo sensu hoc dictum accipiemus, quo illud Lesbonici apud Plautum in Trinum, act. 3. scen. 2.

Nullum beneficium
Esse duco, quod quis facias, non places.

Item illud Senecæ 2. de benef. 19. *Non est beneficium accipere cogi: Non est beneficium debere, cui nolis.* Et Theodorici Regis apud Cassiod. l. 5. epist. 39. *Non est defensio, quæ præstatur invitis. Suspectum est, quod patiuntur nolentes* &c. & alibi: *Non est beneficium, quod præstatur invitis: nec cuiquam videtur utile, quod adversa voluntate conceditur.* Similiter nec pro beneficio reputandum erit, invitum & repugnantem liberari. Planè si consideremus animum benefacere volentis & commodum, quod revera ad alium inde pervenit; non malè beneficium etiam illud appellabimus, quod præstatur nolenti & invito. Sic Seneca 5. de benef. 20. *Non est*, inquit, *dubium, quin beneficium sit etiam inviso prodesse.* Idem lib. 6. c. 23. & 24. docet: Beneficiorum maxima esse, quæ à parentibus accipimus, dum aut nescimus, aut nolumus.

Liberatur enim & alio solvente] Et liberatur non ope exceptionis, sed ipso jure, perinde ac si ipse solvisset; ut ex hoc loco & præcitat. ll. intelligitur: efficitque hoc ipsum etiam manifesta ratio juris, nam cum creditor accipit, quod est in obligatione, necesse est, eam extingui ipsoque jure liberari debitorem. Nec adversatur l. 6. in fin. de dol. mal. exc. Alius enim casus ibi proponitur, atque ab eo, de quo hic quæritur, longè diversus; scilicet cum quis alii solvit, quàm cui debebat. Igitur ad effectum liberationis, quæ debitori contingit à veteri obligatione, nihil interest, ipse solvat, an alius pro eo: nihil item, utrùm alius solvat pro debitore sciente & volente, an pro ignorante, adeòque pro invito & vetante. Ad jus verò repetendi quod attinet, hoc interest: quòd ejus, quod pro invito solvi, recuperandi causa nullam actionem habeam: quod solvi pro volente; repetere possim actione mandati: quod pro ignorante, actione negotiorum gestorum, l. 6. §. 2. l. ex mandato 20. §. 1. l. si pro 40. mand. l. ult. C. de neg. gest.

Ignorante debitore vel invito] Sed quid si creditor hoc casu solutionem ab extraneo oblatam recuset accipere: nonnè audiendus erit? Minimè quia nihil ejus interest, quis solvat: & quod jure cuique facere licet, id etiam licet creditori invito. Non cogitur quidem præcisè creditor accipere; nam nec ipso quidem debitore offerente cogeretur: sed quod debitor hic facere potest; idem potest & extraneus, pecuniam scilicet oblatam obsignare & deponere: quæ obsignatio pro solutione cedit, l. 9. C. de solut. Planè si creditoris intersit solutionem ab alio oblatam non recipere; puto recusantem audiendum esse: & ideò, quod quidam existimaverunt, etiam emphyteutæ ad evitandam pœnam commissi prodesse solutionem ab alio etiam proprio nomine quamvis nullo jure obstricto factam, si fortè solvens jus pignoris in re emphyteutica sibi constitutum conservare velit, (quippè quod resoluto jure emphyteutæ & ipsum evanesceret, leg. lex vectigali 31. de pignor.) argum. l. 12. § 2. vers. non solum, de usufr. & d. l. 31. de pignor. simpliciter probandum non est; sed tunc demum, ubi dominus ultro eam solutionem admisit: nam si recuset accipere; non dubito, quin id jure faciat: quoniam per solutionem non ex voluntate emphyteutæ factam non recognoscitur dominus ut oportet ab ipso emphyteuta, neque potest quisquam conditionem alterius deteriorem facere, l. solvendo 39. de neg. gest. Ita sentio cum D. Tuld. comm. hic, c. 1. Planè si res emphyteutica ad tertium pervenerit, qui canonem solvit tamquam emphyteuta; magis est, ut solutio vero emphyteutæ prosit, ad Jas. in l. Cod. de jure emph. col. 20. q. 25. Tiraq. de retract. gentil. §. 36. gloss. 2. num. 19. add. D. Bachov. lib. 5. de pignor. c. 13. n. 3. & in Treut. vol. 2. disp. 19. thes. 5.

Qui pro eo intervenerunt] Ut puta fidejussores & mandatores. Sed & reliquæ accessiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, l. in omnibus 43.

de

de solut. Ratio perspicua est: quia sublata re principali; etiam ea, quæ accessionis locum obtinent, intercidere necesse est.

Sed etiam reus] Et igitur eodem quoque modo reus liberatur solvente fidejussore, quo fidejussor solvente reo; hoc est ipso itidem jure: de quo genere liberationis hic agitur. Interpretes vulgò id quidem admittunt, cum fidejussor expressè solvere dicit nomine rei: cæterùm si solvat simpliciter, quasi suorum nomine solvere intelligatur; contendunt: reum ipso jure obligatum manere, & defendi dumtaxat per exceptionem doli mali, ne bis idem creditor consequatur, *arg. leg. Papinianus 38. mandat.* Ego verò cum Giphanio & Bachovio fidejussoris & mandatoris diversam in proposito causam arbitror. Nempe fidejussor ipsam obligationem rei principalis in se suscipit, dum quod alius debet fide sua esse jubet; ac proinde si solvat fidejussor, ea solutio non potest non intelligi facta ejusdem obligationis nomine: quam idcircò tolli necesse est, & reum quoque principalem ipso jure liberari; secundùm hunc textum, *Ant. Fab. Cod. suo defin. 17. de fidejussor.* Mandati alia ratio est: hoc enim nihil commune habet cum contractu creditoris, qui, verbi causa, meo mandato pecuniam credidit Titio. Itaque nisi ego expressè nominè Titii solvero, ratio suadet, ut Titius non liberetur ipso jure: quoniam meo nomine ex causa mandati solvisse intelligor; & ideò creditor adhuc actiones suas adversùs debitorem mihi præstare & potest & debet; *d. l. 38. mandat. l. Stichum 95. §. pen. de solut.* Quod secus est, si solutio facta sit à fidejussore, & solvendo de cedendis actionibus nihil cautum; *l. fidejussoribus 17. l. cum is 36. l. ut fidejussor. 39. l. Modestinus 76. de solut. cum similibus vid. sup. §. si plures 4. de fidejuss.*

TEXTUS.

De acceptilatione.

1. *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur; id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere:* Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? *& Titius respondeat;* Habeo. *Sed & Græcè potest acceptilatio fieri; dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet:* Ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα, Ἔχω λαβών. *Quo genere (ut diximus) tantum solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt; non etiam cæteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut etiam quod debetur pro parte rectè solvitur: ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.*

NOTÆ.

1. *Per acceptilationem*] Quæ est verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus à debitore, an id quod ita debetur acceptum ferat; respondet: se acceptum ferre. Definitio Modest. *l. 1. de accept.* obscurior est.

Imaginaria solutio] Acceptilatio imaginem solutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum esset, *leg. 5. l. 16. eodem.*

Consentaneum visum est] *L. 80. de solution. 35. de reg. jur.* Planè si quod ex alia obligatione debetur, acceptilatum fuerit; proderit id debitori ad exceptionem, *l. 19. de accept.* Nam inutilis acceptilatio saltim vim pacti habet, *d. l. 8. pr.*

Pro parte rectè solvitur] Intellige consentiente creditore, per *l. 3. fam. ercisc. l. 41. de usur. l. 9. C. de solut.*

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur Modestina acceptilationis definitio.*
2. *Traditur alia plenior & planior.*
3. *Acceptilationem non videri rectè dici speciem stipulationis.*
4. *Solutionis & acceptilationis communia & propria & num. 7.*
5. *In forma acceptilationis quæ consideranda.*
6. *Materia seu objectum.*

ETiam acceptilatione ipso jure tollitur obligatio. Acceptilatio, definitore Modestino, est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio;
l. 1. de accept. Sed hæc Jurisconsulti definitio dura 1
plerisque & absurda videtur; neque sanè immeritò. Nam primùm in acceptilatione uterque alterum mutuo non interrogat, sed debitor dumtaxat interrogat creditorem: deinde nec uterque per acceptilationem liberatur, sed solus debitor, qui & solus obligatus est. Sunt, qui hanc definitionem Modestini propter illa verba *per mutuam interrogationem* accipiendam existimant non de quavis acceptilatione, sed de ea tantùm, quam præcedit novatio & stipulatio Aquiliana: quoniam hæc species sola mutua interrogatione constet; in stipulatione Aquiliana debitor interrogetur; in subsequente acceptilatione vices commutentur, & interrogetur creditor. Nec obstare, quòd distinctæ sunt species, stipulatio Aquiliana, & acceptilatio, quæ illam perimit. Ut enim verbo stipulationis Aquilianæ & acceptilatio, quæ eam sequitur, significatur, *l. 5. l. 15. de transact. l. 3. C. eod.* ita acceptilationis verbo plerumque & eam quæ præcessit stipulationem adsignificasi,

ri, Cujac. 5. obs. 36. Hotom. 3. obser. 18. Cæterùm probabiliùs meo quidem judicio dicemus. Jurisconsultum abusivè mutuam interrogationem appellasse: quæ in se quidem una est; sed mutuam habet & subsequentem responsionem tamquam partem præcedentis interrogationis: ut definitio generaliter concepta & in exorsu tractationis de acceptilatione proposita ad utramque speciem referatur, & tam simplicem, quàm eam quæ fit præposita stipulatione Aquiliana complectatur. Quod autem Modestinus ait: Per acceptilationem contingere utriusque ab eodem nexu absolutionem; id non passivè in persona utriusque

2 que accipi debet: sed passivè in persona debitoris; activè in persona creditoris; ut hæc sit sententia: Acceptilatio est liberatio, qua debitor absolvitur, & creditor absolvit ab eodem nexu, quo debitor nectitur, & creditor nectit. Plena & magis perspicua definitio hæc est: Acceptilatio est verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus à debitore an id quod ita debetur acceptum ferat, respondet; Sese acceptum ferre liberandi ejus causa. Est verborum conceptio, quoniam verbis transigitur; id est, interrogatione & responsione certis verbis conceptis, quæ liberationi conveniant; *l. 1. C. de accept.* qualia Veteribus promiscuè usurpata sunt hæc: *Acceptum ferre, Acceptum habere, l. 6. 7. & 13. §. 1. & deinceps, §§. & ll. seqq. eod.* Hinc autem intelligimus, acceptilationem non fieri nudo consensu: fieri autem ac liberare sine solutione. In quo differt ab apo-

3 cha, quæ debitorem non liberat, nisi pecunia verè soluta sit, *l. si accepto 19. §. 1. eod.* Reliqua definitionis materiam & finem indicant; removentque hinc stipulationem; quæ quidem & ipsa verborum conceptio est; sed ad obligandum, non ad liberandum comparata. Scio nonnullos acceptilationem speciem facere stipulationis: quibus stipulatio duplex est; una obligatoria; altera liberatoria, [Tuld. dissolutoriam vocat] arg. *l. si unus 27. §. 2. de pact.* Sed neque Veterum usui, neque fini stipulationis, neque notationi verbi convenit, distractum nomine stipulationis appellare; & verba hæc Jurisconsulti *in d. l. 27. §. 2. Sicut tollitur stipulatio per stipulationem*, non sunt accipienda de acceptilatione, sed de stipulatione novandi causa interposita. Addit enim, *Si hoc actum est*. Quæ verba auctores nostri usurpare solent, cum de novatione, non cum de acceptilatione tractant, *l. 2. l. 6. & pass. de novat.* & D. Cujac. *in d. l. 27. §. 2. de pact.*

Imaginaria solutio) Solutio naturaliter obligationem resolvit; acceptilatio civiliter, *l. pen. de solut.* nam in solutione debitor aliquid re ipsa &

4 actu præstat: in acceptilatione nihil: sed tamen quasi præstiterit liberatur; & acceptilatio solutioni comparatur, *l. 7. §. 1. de lib. leg.* adeòque imaginem solutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum esset; unde acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur; *l. 5. de accept.* & veluti solvisse videri, cui accepto latum est, *l. 15. eod.* Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis, non ad potestatem liberandi. Etenim in solutum accipiendo tam extraneus quivis, qui modò potestate creditoris in eo utatur, quàm ipse creditor debitorem liberat, *l. 11. l. 14. §. 1. de solut.* Et contra debitor liberatur, non modò si ipse solvat, sed etiam si quivis alius pro eo, quamvis ignorante & invito; ut dictum *pr. hujus tit.* At verò acceptilatione nemo debitorem liberare potest præterquàm ipse creditor; nemo liberari nisi ipse debitor per se: adeò ut nec pupillus per tutorem, nec dominus per procuratorem, licèt interposito speciali mandato, liberentur aut liberent, *l. 13. l. tutor 10. l. pen. de accept.* quoniam scilicet actus legitimi solemnitas per alium peragi non potest, *l. nemo 123. junct. l. actus 77. de reg. jur.* Etenim quò recta nequit; eò obliqua via pervenitur, adhibito remedio novationis. Videlicet ut tutor pupilli, aut procurator speciale mandatum habens domini obligationem novatione in se transferant: translatamque deinde suo nomine acceptam ferant aut rogent, *d. l. 13. §. tutor.* & cave aliud colligas ex *l. 3. eod. Cujac. 15. obs. 16.*

Græcè potest fieri) Forma acceptilationis est illa, quam suprà exposui, verborum conceptio 5 ad liberandum comparata. Itaque & verba intervenire necesse est, & talia, quæ liberationi conveniant. Et olim quidem hic actus, utpotè civilis & legitimus, civilibus duntaxat & legitimis verbis, ac proinde non nisi Latinis explicari poterat: sed postquàm utilitatis causa receptum fuit, ut acceptilatio etiam cum peregrinis & juris civilis incapacibus rectè interponeretur; illud quoque admittendum fuit, ut interponi posset etiam peregrina lingua. Quod significat Ulpianus *l. 8. §. ult. de accept.* ubi ait: *Hoc jure necuti, ut juris gentium sit acceptilatio*, id est, ut etiam ii, qui cives non sunt, accepto rogent & ferant. Unde mox: *Et ideò puto*, inquit, *& Græcè posse acceptum fieri*; ducens hoc consequens ab illo antecedente. Atque hoc in acceptilatione haud dubiè exemplo stipulationis inductum, quæ & ipsa antea Latinis tantùm verbis concipiebatur: sed usu ejus peregrinis communicato, obtinuit, ut etiam lingua peregrina, id est, quavis alia, quàm Latina fieri posset: dummodò sensus congrueret, uterque vel per se vel per verum interpretem linguam intelligeret, *l. 1. §. ult. de verb. obl. §. 1. sup. eod.* In forma acceptilationis illud observandum: ne concipiatur in diem aut sub conditione; alioqui nullius momenti erit. Quippè quæ exemplo solutionis liberare solet, *l. 4. & 5. de accept.* & actus est legitimus, cujus generis actus per temporis vel conditionis adjectionem vitiantur, *l. actus 77. de reg. jur.* Planè quod in diem aut sub conditione debetur, purè acceptum ferri potest: quamvis eadem illa huic acceptilationi tacitè insint; ac proinde non priùs valeat, quàm si conditio extiterit, aut dies venerit. Sed novum non est, ut ea non expressa non noceant, quæ apertè comprehensa vitium afferunt, *l. 12. de accept. d. l.*

d. l. actus 77. de reg. jur. l. expressa 195. eod. Eleganter hæc explicat D. Brissonius *lib. 2. de solut. tit. de accept.*

Quæ verbis consistunt, non etiam cæteræ] Mate-
4 tia sive res, quæ in acceptilationem deduci potest, est debitum verbis antea contractum. Primùm ut valeat acceptilatio, debitum esse oportet, quod acceptum rogatur & fertur: si aliud quàm quod debetur & revera est in obligatione acceptum, rogatum, aut latum fuerit, acceptilatio inutilis est, nec inde liberatio nascitur, *l. 6. in fin. l. 13. §. 2. §. cum quis eod.* & hoc est, quod definitur in *l. 14. eod.* nisi consentiat acceptilatio eum obligatione, & nisi verum sit, quod in acceptilatione demonstratur imperfectam esse liberationem; videlicet propter defectum materiæ, cui acceptilatio seu liberatio applicetur: de quo vid. *D. Ioan. Vvames. cent. 1. consf. 73. n. 13.* Præter debitum autem si quid amplius adjiciatur; non vitiatur quidem acceptilatio, sed adjectum nullius est momenti, *l. 13. eod.* Secundò id debitum solùm acceptilatione perimi potest, quod verbis contractum est, non alia obligatio: siquidem naturæ convenit, eodem genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est; & ideò eùm acceptilatio verbis conficiatur, consentaneum, solas verborum obligationes acceptilatione posse tolli, *l. 8. §. 3. eod. l. nihil 35. de reg. jur. l. prout 80. de solut.* Planè si, quod ex alia obligatione debetur, accepto latum fuerit; etsi hoc debitori ipso jure ad liberationem non proficit; pacti tamen conventi vel doli mali exceptione se tueri poterit, *l. si acceptilatio 19. de accept.* nam inutilem acceptilationem saltem vim pacti habere placuit, nisi quid aliud impediat, *leg. 8. pr. eod.*

Quod ex alia causa debetur, potest in stipulatione deduci] Etsi debita, quæ non ex verborum obligatione veniunt, acceptilatione directè tolli nequeunt; oblique tamen possunt remedio novationis & stipulationis Aquilianæ, per quam in verborum obligationem priùs convertantur, aut obligatio jam verbis constans mox verbis itidem dissolvatur; de quo mox plura.

Pro parte rectè solvitur] Intellige, consentiente creditore: qua de re abundè dictum in exegesi
7 *pr. hujus tit.*

Pro parte debiti acceptilatio fieri] Dum debitum sit, totum an pars accepto feratur, ad acceptilationem nihil interest, *l. 9. 10. & 13. §. 2. de accept.* & pro parte accepto lata contingit liberatio, quamvis aliàs obligatio conditione sua divisionem non admittat: *l. qui hominem 17. eodem,* quod in solutione contra est, *l. 2. §. 1. de verb. obl. l. 9. §. 1. de solut.* discriminis rationem superiùs indicavi. Illud monere planè supervacuum est: si res in stipulationem deducta natura sua divisionem non recipiat, veluti servitus prædii; acceptilationem in partem nullius esse momenti, *d. l. 13. §. 1. de accept.*

TEXTUS.

De Aquiliana stipulatione & acceptilatione.

2. *Est autem prodita stipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana removet omnes obligationes, & Gallo Aquilio ita composita est:* Quicquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebitve, præsens in diemve, aut sub conditione: Quarumcumque rerum mihi tecum actio est, quæque adversùs te petitio, vel adversùs te persecutio est eritve; Quodve in meum habes, tenes, possides, dolove malo fecisti, quò minus possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Nigidius. Quo Numerius Nigidius Aulo Agerio spopondit, id haberetne à se acceptum Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

COMMENTARIUS.

Aquilius Gallus homo Jurisconsultissimus, cujus in formulis concipiendis singularis quædam prudentia extitit, ut constat ex ea de dolo malo, quam Cicero *3. offic.* everriculum omnium malitiarum appellat, & ea de posthumo nepote vivo adhuc filio hærede instituendo: *l. Gallus de lib. & posth.* stipulationis formulam prodidit, in quam quæ non verbis contractæ essent obligationes translatæ, acceptilatione deinde perimerentur: quæ stipulatio ab Auctore suo Aquiliana dicta est.

Renovat omnes obligationes] Et sic via est ac ratio, per quam usus acceptilationis, per se alioqui angustus, & intra verborum obligationes consistens, dilatetur. Stipulationis Aquilianæ frequens olim usus fuit in transactionibus, *l. 2. 4. 5. & 15. de transact. l. 3. & 4. C. eod.* Apud nos autem supervacua est; quoniam moribus hodiernis, ut alibi diximus, stipulationum solemnitas exolevit, pactaque nuda eamdem vim habent, quam stipulatio.

Ita composita est] Exhibetur hic ex Florentino *l. 1. §. 1. hoc tit.* forma stipulationis novantis, uti ab Aquilio concepta est; sic autem est concepta, ut nobis præbeat certissimum anxiæ Veterum in cautionibus componendis diligentiæ argumentum: in qua ne quid omissum videretur, mul-

multa ex abundanti sunt adjecta. Verba obiter excutiemus.

Quicquid te mihi ex quacumque causa] Causa negotium significat & obligationem, latiùsque patet contractu: nam & ad eas obligationum species pertinet, quæ ex maleficio vel quasi ex maleficio proficiscuntur, *l.9. de rebus cred.*

Dare facere] Sine conjunctione hæc proferri solent, ut pleraque alia, veluti *Vti frui*, *Ire agere*, *Dare legare*, &c. innuunt autem, omnem obligationem vel in dando vel in faciendo consistere.

Oportet oportebitve præsens, in diem ve, aut sub conditione] Verbo *Oportet* præsens tantùm debitum demonstratur, *l. si stipulatus 76. §.1. de verb. obl.* verbo *Oportebit*, etiam quod in diem aut sub conditione debetur: utrumque enim comprehendit; *l.8. de verb. sig.* Hoc autem verbum *Oportet* non ad facultatem judicis, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur, *l.37. de verb. sign.*

Tecum actio, petitio, persecutio] Actio in personam est; petitio in rem; persecutio ad extraordinarias Magistratuum cognitiones pertinet; *l.pecunia 178. §.2. de verb. sign.* Sensus ergo est: Quicquid actione in personam consequi, vel vendicare, vel Magistratu cognoscente extra ordinem persequi potes.

Quodve tu meum habes] Hæc abundant: ex superioribus enim satis intelligi poterant, cùm suum cujusque sit, cujus vendicandi jus habet; *l. Quintus 27. §.2. de aur. arg. leg.*

Habes, tenes, possides] Tenere ad factum refert; possidere etiam ad jus. Habere dicimur & jure dominii, & jure possessionis, & mera detentione, *l. habere 188. de verb. sign. l. stipulatio 38. l. hac quoque 7. & 2. seq. de verb. obl.* quamquam hæc distinctio non perpetua.

Dolove malo fecisti, &c.) Dolus enim pro possessione est, semperque possidere intelligitur, qui dolo fecit, quo minùs possideat, *leg. parem 230. l. ad ea 157. §.1. de reg. jur.* Cætera per se satis plana sunt.

TEXTUS.

De novatione.

3 *Præterea novatione tollitur obligatio; veluti si id, quod tibi Sejus debebat, à Titio stipulatus sit. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: adeò ut interdum licet posterior stipulatio inutilis sit; tamen prima novationis jure tollatur; veluti si id, quod tu Titio debes, à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si à servo qui fuerit stipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit, à qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit: fortè si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur. Quod autem diximus. Si conditio adjiciatur, novationem fieri; sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit: alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter Veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat: per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, & quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant; ideo nostra processit Constitutio, quæ apertissimè definivit: Tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostræ Constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.*

NOTÆ.

3. *Novatione tollitur obligatio*] Sed ita, ut in locum sublatæ nova substituatur, *l. 1. de novat.* Fit autem hæc conversio verbis seu stipulatione; *d. leg. 1. §.1. l.2. l.5. & pass. eodem.*

Interventu novæ personæ] Non quæ alienæ obligationi accedat adpromittendo; sed quæ alienam obligationem in se transferat expromittendo. Quòd si mandato debitoris id fiat; species novationis est, quæ delegatio dicitur, *l. 11. eod.*

Et prima tollitur] Adeò ut prioris obligationis accessiones liberentur, *leg. 18. eod.* nisi & sequenti obligationi accesserint, *l.4. Cod. de fidejus.* Alia autem causa est novationis necessariæ, quæ fit per litis contestationem, *l.29. eod. l.86. & seq. de reg. jur.*

Inutilis sit] Non ratione formæ, sed effectus; ut exemplum subjectum declarat. Eadem ratione si expromissor non sit solvendo; prior tamen obligatio tollitur etiam in casu delegationis: quia bonum nomen facit creditor admittens delegatum, *l.26. §.2. mand.*

In posteriore stipulatione novi] *Vid. l.5. l.8. §.1. l.14. l.24. l.31. eod.*

Nostra Constitutio] *L. ult. C. eod.* ubi, ut materiam litium præcideret, in universum definivit: Non aliter novationem prioris obligationis fieri, quàm si hoc inter contrahentes expressum fe novan-

vandi animo, &c. quæ tamen Constitutio ex sententia communi non pertinet ad delegationem; V vel. *par. de novat. n.8.*

Vt maneat ex utraque causa obligatio] ac proinde creditor ex utraque agere possit, & cum fidejussoribus quoque prioris obligationis. Planè si ex una obligatione solutum erit, altera quoque continuò tolletur; quia sunt obligationes unius rei; *l.8. §.ult. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *In novatione quæ necessaria, & an aliter quàm per stipulationem præcedens obligatio novetur.*
2 *Veræ novationis effectus.*
3 *Quot modis novatio fiat: ubi & de delegatione.*
4 *De novatione, quæ fit per litis contestationem: & quantum hæc differat à vera & voluntaria.*
5 *Quis effectus, si quis quod alius debet, à pupillo stipuletur sine tutoris auctoritate: & cur diversum si à servo.*
6 *Si ab eodem debitore quis stipuletur, quando novatio fieri intelligatur.*
7 *Quid novi juris à Justiniano constitutum circa novationem: ubi multa notabilia.*

1 NOvatione quoque ipso jure obligatio tollitur; sed ita, ut in locum sublatæ alia nova substituatur: est enim novatio prioris debiti in aliam obligationem conversio, *l.1. de novat.* Fit hæc conversio verbis seu stipulatione, *d. l.1.§.1. l.2. l.5.6.7. l.11. & pass. eod. l.1.3.7. & ult. C. eod. l.6. Cod. si cert. pet.* Ac proinde in novatione hæc sunt necessaria; obligatio vetus; obligatio nova; & stipulatio, per quam illa in hanc transferatur. Vetus obligatio, qualiscumque est, aut quomodocumque contracta, verbis novari potest, *l.1. & 2. de novat.* Nec metuendum hic est, ne obstet regula juris de dissolvendis obligationibus, *l. nihil 35. de reg. jur.* Nam in novatione solutio quædam est & quasi naturalis præstatio, qualis est, cum pro eo quod debetur præstatur aliud volenti creditori, *l.17. Cod. de solut.* Nova quæ constituitur obligatio, utrùm civiliter teneat, an naturaliter; ad novationem nihil interest, *dict. l.1. in fin. de novat.* de quo pluscula in explicatione textus. Stipulationem cum exigimus, hoc significamus: sola stipulatione præcedentes obligationes novari, non etiam nudis pactis; ac ne contractu quidem alio, veluti mandato; ut ex memoratis textibus apparet, & benè post alios defendit *Godd. de contr. stip. c.5. concl.8. n. 90. & seqq.* adversùs Bartolum in *d. l.1.* in contrarium adducentem *l. si mandatu 45. §.ultim. mand.* Tantùm in contractibus, quæ solo consensu perficiuntur, hoc accidit, ut & nudus consensus contractum dissolvat, & alium ejusdem generis constituat, *l. 7. §. adeò, de pact. l. pacta 72. de contr. empt.* Hodie sanè etiam simplicibus pactis novationes fieri solent, adeòque frequentiùs quam per stipulationem, utpotè cujus solemnitas penè exolevit; ut post DD. in *l. singularia 15. de reb. cred.* tradunt Wesemb. hic, Gudelin. *lib.3. de jur. noviss. c.12.* Præter hæc & animus novandi exigitur: nec enim aliter fit novatio, quàm si hoc agatur, ut prior obligatio novetur, *l. 2. in fin. l. 6. & 8. §.2. & ult. l.82. de novat. l.3. C. eod.* de quo item fusiùs posteà. Effectus novationis est, ut 2
nova obligatione constituta prior perimatur, *d. l.1. eod.* quæ res facit, ut etiam incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, simul evanescant; qualia sunt hæc: mora facta: periculum interitus rei debitæ: pœna veteri obligatione promissa: usuræ ex eadem causa debitæ: privilegium quod prioris actionis fuit: pignora denique & fidejussores, *l.8. l. si creditor 15. l. novatione 18. l. emptor. 27. l. aliam 29. de novat. l. in omnibus 43. de solut.* Planè si pignora prioris obligationis in novatione repetita fuerint; placet, ereditori manere ordinem & prærogativam temporis; ut in his præferatur posteriori creditori: id est, cui eadem pignora postea licèt ante novationem obligata sunt, *l.4. qui pot. in pign.* & ibi Bart. Mynf. *1.obs.59.* Gail. *2. obs.30. nu. 10.* Potest autem novatio dupliciter fieri; vel manente eodem debitore; vel persona debitoris mutata: priore casu novi aliquid adjici debet, ut novatio facta intelligatur, *hoc text. vers. Sed si eadem persona:* posteriore novatio fit, quoties liberato 3
priore debitore, alius, qui expromissor appellari solet, ut notatum sub *titul. de fidejuss.* locum ejus subit; veluti si Titius novationis causa promittat Sempronio, quod ei Sejus debet: sive id sua sponte Titius faciat, & vel ignorante nolente debitore, *l.8. in fin. de novat.* sive debitoris mandato; quæ species novationis delegatio dicitur per metonymiam causæ: siquidem delegare hic est vice sua alium reum dare creditori, *l. 11. eod.* quæ delegatio inter delegantem quidem & delegatum nudo consensu fit, *l. delegare 17. eod.* sed non perficitur, id est, novatio debiti non fit, nisi stipulanti creditori is, qui delegatus est, promiserit, *l.1. C. eod.* Gail. *2. obs.30. n.8.* Christin. *vol.4. dec.180. n.4. & 5.* D. Tuld. *comm. hic cap. 8.* Porrò sciendum est: agi hoc loco de novatione, cui hoc nomen per excellentiam & absolutè tribuitur. Est verò præter hanc, quæ stipulatione fit, & alia, quam inducit litis contestatio, *dict. l.11. §.1. l. aliam 29. eod. l.3. Cod. de usur. rei jud.* 4
nam & judicio contrahitur, & velut nova inducitur obligatio judicati, *l.3. §. idem scribis 11. de peculi.* Atque hæc quoque fit vel manente eodem reo; puta si ille ipse litem contestetur & suo nomine suscipiat: vel persona rei mutata, alius pro reo judicium accipiat, sive mandato illius, quæ species est delegationis, *d. l.11. §.1. de novat.* sive reo ignorante aut etiam nolente, *l. solutione 23. de solut.* Cæterùm hæc species novationis superiori longè dissimilis, & secundùm quid tantùm dicitur novatio fieri per litis contestationem: quatenus scilicet actio in judicium deducta novas quasdam assumit qualitates; veluti quod quæ tempore

pore aut morte peritura fuisset, judicio inclusa salva manet, & ad hæredes transmittitur, *l. omnes 26. de obl. & act. §.1. inst. de perp. & temp. act.* & quia reo condemnato nova accedit actio judicati, priore multò utilior, *leg. post rem 56. de re jud. l.3. C. de usur. rei jud.* At enim verò per litis contestationem vel sententiam vetus actio non consumitur, per *text. in l. fidejussores 41. §.1. de fidejuss. l. qui servum 20. de interr. in jur. l.2. C. de jur. arg. leg. qui jurasse 26. §. ult. l.27. & 28. §.1. de jurejur. junct. l. eum qui 30. in pr. eod. junct. l.2. eod. l.8. C. de reb. cred. & d. l. post rem de re jud.* Et hinc est, quòd commoda quoque prioris actionis creditori salva manent, *l.8. §.3. de fidejuss. l.13. §.4. de pign. l. aliam 29. de novat. fac. l. non solet 86. & seq. de reg. jur. Christin. vol.4. dec.180. num.2.* Interpretes vulgò has novationis species sic distinguunt, ut eam, quæ per stipulationem fit, voluntariam appellent: quæ judicio accepto, necessariam, cujus distinctionis fundamentum est in *d. l. aliam 29. de novat.*

Interventu novæ personæ] Non quæ alienæ obligationi accedat adpromittendo; sed quæ alienam obligationem in se transferat expromittendo. Per adstipulationem & adpromissionem fidejussor intervenit: novatio per exstipulationem & expromissionem; unde per hanc prior obligatio extinguitur.

Licèt posterior stipulationis inutilis] Non ratione formæ, sed effectu; ut exemplum subjectum declarat. Similiter etsi expromissor non sit solvendo; præcedens tamen obligatio tollitur etiam in casu delegationis: quoniam, ut ait Paulus, bonum nomen promissoris fecisse videtur creditor, qui admisit debitorem delegatum, *l. inter. 26. §.2. mand.*

A pupillo sine tutoris auctoritate] Pupillum si-
5 ne tutoris auctoritate contrahentem non obligari jure civili, nisi in qnantum factus est locupletior; constat, *l.5. & 9. de act. emt.* Attamen si ejus ætatis sit, ut intelligat quod agitur; naturaliter saltem obligatur; ut demonstravimus *sup. ad §. pupillus 9. de inut. stip.* & ideò quod huic consequens est si pupillus sine tutoris auctoritate quod alius debet stipulanti creditori novandi animo promiserit; prior obligatio jure novationis tollitur translata in posteriorem naturalem: quippè sufficit ad novationem, quòd posterior obligatio vel naturaliter teneat, *l.1. in pr. & §.1. de novat.* Neque est contrarium, quod Paul. scribit in *l.g. novat. 20. §.1. eod.* Pupillum sine tutoris auctoritate non posse novare. Neque enim hoc nos dicimus. Posse pupillum quod ex aliqua causa debetur in aliam obligationem absque tutoris auctoritate transferre, atque ita fortè conditionem suam facere deteriorem, quod negat Paul. d. loc. sed hoc, Pupillo sine tutoris auctoritate expromittente, novari obligationem alienam eo effectu, ut prior debitor liberetur: quamvis sequens pupilli obligatio creditori inutilis sit, quia ad agendum inefficax; nimirum sibi imputare creditor debet, quòd alienam obligationem in pupillum transtulerit, quem sciebat, aut scire debebat, non aliter ex contractu civiliter obligari, quàm interposita tutoris auctoritate, per *leg. qui cum alio 19. de reg. jur.*

Et posterior obligatio nulla est) Non simpliciter nulla: nam utique naturaliter tenet, *l.1. in fin. de novat.* Sed nulla dicitur; tum quia ad agendum inutilis; tum quia ne naturalis quidem obligationis effecta habet, quæ quidem pupillo nocere possint: qualia sunt, jus compensandi, soluti retinendi: quo etiam intuitu, quod pupillus sine auctoritate tutoris promisit, ne natura quidem deberi interdum dicitur; *l. quod pupillus 41. de condit. ind.* quamvis re vera naturaliter debeatur, & incommoda ejus obligationis ad alios pertineant; qua de re uberiùs sub *§. pupillus, de inut. stipul.* Quòd si nulla hic succederet obligatio; nulla etiam intelligeretur novatio fieri, sed prior obligatio maneret in suo statu, *dict. leg. 1. per tot.*

Non idem juris est, si à servo) Non quia servus ex contractu suo, si consensum spectemus, non obligetur naturaliter, *l.13. de cond. ind. l.14. de obl. & act.* sed quia jure civili non est idoneus expromissor, & omninò novationis extra causam peculiarem incapax, *l.30. §.1. de pact. l. ult. h. t.* Sunt enim quædam causæ, quas jus civile ita in servo improbat, ut si cum eo intervenerint, ne intervenisse quidem videantur: ac proinde nec dominum obligent de peculio, & pecunia ex his causis soluta repeti possit; cujusmodi sunt: si servus pro libero se gerens judicio conventus & condemnatus sit: si in arbitrum compromiserit; *l.3. §. si servus 8. de pecul.* si cùm conveniretur, jusjurandum adversario detulerit; *l.5. §.2. d. tit.* si pro alio fidejusserit rem peculiarem non gerens, *l.3. si filiusfam. 5. eod. tit. l. servus 19. & seq. de fidejuss.* & denique si expromiserit, aut alias obligationem non peculiarem novaverit, *l. in persona 30 §.1. de pact. l. ult. de novat.* Quinetiam quibusdam visum est: nec peculiarem obligationem servum novare posse, extra quam si liberam habeat peculii administrationem; ac ne tunc quidem expromissorem accipiendo debitorem peculiarem liberare; quæ sententia probari videtur *l. ultim. de novat. junct. leg. servus 16. eod. fugitivus 19. de solution. & facit leg. servus 20. cum leg. seq. de jurejurand.*

Si eadem persona sit, à qua posteà stipuleris &c.] Sententia hujus loci hæc esse videtur: Si idem debitor sit, à quo posteà stipuleris, & præcedens 6
obligatio verbis quoque contracta; non aliter novationem fieri, quàm si posteriore stipulatione aliquid novi comprehensum fuerit, conditio, aut dies, aut fidejussor adjectus detractusve. Nam neque si alia persona intervenerit, hoc desideratur, neque si debitum prius ex alia causa descendat; quantumvis cum eodem debitore stipulatio posteà sit, modò animus novandi adsit. Neque enim dubito, quin si decem à te stipulatus sim, quæ mihi verbi gratia ex causa mutui debebas, & tu promiseris, obligatio ex numeratione nata novetur,

tur ,

tur, & transferatur in obligationem verborum; utique si de jure veteri quæratur; *arg. l. 6. & l. 7. de novat.*

Si conditio aut dies] Stipulatio etiam novationis causa non tantùm purè, verùm etiam sub conditione aut in diem concipi potest. Potest & quod sub conditione aut in diem debetur, purè novandi causa promitti: quo effectu, docebunt textus in *l. 5. l. 8. §. 1. l. quoties 14. per tot. l. novatio, 24. l. si rem, 31. de novat. l. Julian. 60. §. 1. de cond. ind.* Latè & eleganter D. Brissonius *lib. 2. de solut. tit. de nov.*

Dubium erat, quando novandi animo] In omni quidem novatione etiam jure veteri animus novandi requirebatur: id est, nulla intelligebatur novatio fieri, nisi id actum esset, ut præcedens obligatio novaretur, *l. 2. in fin. l. 8. pr. §. 2. & ult. l.*
7 *fundum 28. de novat. l. 3. Cod. eod.* Cæterum dubium erat, quando id actum videretur, & novandi animo in secundam obligationem itum; quo in dubio Veteres decurrebant ad conjecturas & præsumptiones: si nihil erat, ex quo animus novandi colligi posset; expressam requirebant conventionem, *l. si usumfructum 58. de verb. oblig. vid. D. Ant. Fab. 3. conj. 3.* Justinian. verò, ut materiam litium præcideret, in universum definivit: Non aliter novationem prioris obligationis fieri, quàm si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, se novandi animo & prioris obligationis tollendæ causa posteriorem interponere; alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, *l. ult. C. de novat.* quæ est illa Constitutio, cujus hic meminit. Nihilominus tamen plerique adhuc admittendum censent, ut ex conjecturis urgentibus & manifestis novatio inducatur; utique si non ipso jure, saltem per exceptionem: eaque sententia, licèt verba Constitutionis refragari videantur, multis in locis recepta est ut rationi consentanea. Quid enim, si posterior obligatio quadam repugnantia elidat priorem? Et potius est, ut dicamus: Justinianum eas dumtaxat conjecturas tollere voluisse, quas in universum Veteres constituerant, quod genus sæpè fallit, *Vid. Gail. 2. obs. 30. n. 1. & seqq. Christin. vol. 4. decis. 180. num. 9. & seqq. Tulden. Comm. hic cap. 7.* ubi etiam testatur: legem illam Justiniani in Gallia usu abrogatam esse. Bartolus quoque *in l. delegare 11. de novat.* existimat: eam non pertinere ad delegationem; quem sequuntur, *Zas. in l. 15. n. 11. de reb. cred. Gail. d. loc. n. 9. Vvesemb. parat. de novat. n. 8. Curia Holland. decis. 38.* Et sanè illa legis verba, *Vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit*, commodè de persona fidejussoris explicari possunt; *add. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 29. thes. 6.*

Ut maneat ex utraque causa obligatio] Sicut jure veteri ubi novandi animus non intervenerat, duæ obligationes censebantur, *l. 2. in fin. de novat.* Cujus rei effectus est, quòd creditor ex utraque obligatione agere possit; & quod in una deest, per aliam suppleatur: item quòd etsi posteriori obligationi adjecti sint novi fidejussores, non ob id tamen liberentur, qui pro priore intervenerant, *Gail. d. loc. n. 5. & 6.* Planè si ex una obligatione solutum erit; altera quoque continuò tolletur, quia sunt obligationes unius rei, *l. 8. §. ult. de novat.*

Vinnius in Institut.

TEXTUS.

De contrario consensu.

4. *Hoc amplius eæ obligationes, quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis: deinde re nondum sequuta (id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emptione & venditione; invicem liberantur. Idem est in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.*

NOTÆ.

4. *Contraria voluntate*] Id est, contraria conventione, seu utriusque partis consensu, *l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend. l. 58. de pact. l. 1. C. quand. lic. ab empt.* In quo regulam naturæ de dissolvendis obligationibus Veteres secuti, *l. 35. de reg. jur. l. 80. de solut.*

Re nondum secuta] Id est, si nihil dum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent: neque enim ut retro tradatur, quod jam datum est, nudo pacto obligatio constitui potest; *d. l. 58. in fin. de pact.* Vide infr. comment.

Sicut jam dictum est] Sunt & alii modi præter enumeratos, quibus ipso jure tollitur obligatio: veluti confusio, *l. 75. l. pen. de solut. l. 7. C. de pact.* debiti oblatio & consignatio, *l. 9. Cod. de solut.* compensatio, *§. 30. infr. de act.* duarum causarum lucrativarum in eamdem rem & personam concursus, *l. 17. de obl. act.* rei debitæ ante moram interitus; *l. 23. de verb. obl.* & si quæ alia generis ejusdem.

COMMENTARIUS.

1 *Omnem naturalem obligationem ipso jure tolli nudo consensu.*
2 *Eodem modo re integra tolli & civiles nudi consensus, & honorarium pignoris.*

QUædam obligationes ipso jure dissolvuntur solo & nudo partium consensu. Quo in ge- 1
nere est omnis obligatio naturalis, tum civiles ex, quæ solo consensu constant. De naturali obligatione traditum est: Eam justo pacto ipso jure tolli, *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de solut.* quod nihil aliud est, quàm tolli nudo consensu. Justum enim pactum sicuti justam conventionem dicimus, quod æquum est, atque honestum, nec improbatum legibus, nudum tamen, *l. pactum 40. §. 1. l. epist. 51. §. 2. de pact.* Et hoc consentaneum est regulæ juris traditæ *l. nihil tam naturale 35. de reg. jur.* Quamvis enim naturalis obligatio

etiam ex aliis causis quàm consensu nascatur; solo tamen æquitatis vinculo sustinetur, quod contrariæ conventionis æquitate dissolvitur, *d.l. Stichum*, §.4. *de solut.* Non adversatur *l. si unus* 27. §.2. *de pact.* Quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda; sed de pacto priore, quo exceptio quæsita erat, per posterius elidendo, quò redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur, *vid. inf. sub tit. de replicat. in pr.* De civi-
2 libus nudi consensus obligationibus constans definitio est: Eas omnes, ut nudo consensu contrahuntur, ita & contrario eodem nudo consensu dissolvi, *l.3. l.5. §.1. de resc. vend.* dummodò rebus integris à contractu abeatur, *l.7. §. adeò 6. l. ab emptione 58. de pact. l.1 l.2. C. quand. lic. ab empt. disc.* in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus Veteres secuti sunt, *l. prout* 80. *de solut. d. leg. 35. de reg. jur.* Nam etsi hujus etiam generis cōtractus obligationem civilem, id est, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse: tamen quia obligatio ista nudo & mero consensu constat, totaque est ex jure gentium, utpotè à jure civili præter approbationem nihil habens, quod extrinsecum quid est & accidentarium; ideò sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil ampliùs supersit, in quo actio fundetur: eadem videlicet ratione, qua nulla subesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit. Et secundùm hæc rectè defenditur etiam: obligationem pignoris, quæ jure prætorio constituitur nuda conventione, *l. 1. de pign. act.* contraria eaque nuda conventione ipso jure dissolvi; licèt obstare videatur *l. si sibi* 17. §.2. *de pact.* Sed ea loquitur de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directò tendit ad dissolutionem pignoris, *vid. Neguez. tractat. de pign. part.5. membr.3. num.3. Bachov. lib.5. de pig. cap.6. & in comm. ad tit. de pact. c. de pact. resolut.* De furto & injuriis lex 12. tabularum pacisci permisit: quæ causa est, quòd actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipso jure tolluntur; *d. l. si sibi* §.1. *de pact. junct. l.6. l.7. §. si paciscar.* 14. *in fin. eod.*

Contraria voluntate) Id est, contraria conventione, seu utriusque partis consensu, *leg.1. Cod. quand. lic. ab empt. disc.* unius enim voluntas ad dissolvendam obligationem non valet, *l. 5. C. de obligation. act. leg.3. Cod. de resc. vend.* utique jure communi: nam quod mandatum & societas etiam unius voluntate dissolvantur; id proprio quodam jure in his contractibus receptum est, ut suis locis demonstravimus.

Re nondum sequuta) *L.7. § adeò 6. de pact. leg. 3. l.5. §.1. de resc. vend.* quod alibi dicitur: Re adhuc integra, *l. ab emptione 58. de pact. l.1. & l.2. Cod. quand. lib. ab empt. disc.* id est, si nihil dum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent; veluti in exemplo proposito, si neque res à venditore tradita, neque pretium ab emptore solutum sit. Nam si quid horum intervenerit; consensu ampliùs negotium resolvi nequit, nisi simul restituantur, quæ priùs tradita erant: neque enim ut retro tradantur nudo pacto, obligatio constitui potest; *d. l. ab emptione in fin. de pact.* Arrharum verò aut fidejussorum interventus non efficit, quominùs res integra maneat, nudoque adhuc consensu possit ab obligatione recedi, *l.3. de resc. vend. l.11. §. is qui 6. de act. empt. l.2. Cod. quand. lic. ab empt. disc.*

Finis Libri Tertii.



ARNOLDI VINNII, J.C.

IN LIBRUM QUARTUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM. COMMENTARIUS

Academicus & Forensis,

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS I.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib.47. Tit. 2. C. Lib.6. Tit. 2.

Continuatio. Delictum quid, & quotuplex.



EX quatuor causis obligationum propositis §. *ult. sup. de oblig.* duæ superiore libro tertio expositæ sunt; contractus; & quasi contractus: duæ reliquæ; maleficium, videlicet; & quasi maleficium, partem quarti & ultimi occupaverunt. Maleficium species est delicti. Delictum est omne factum illicitum, quod lege humana pœnam meretur. Estque vel publicum, quod ad læsionem Reipub. directò tendit, & publicè in exemplum vindicatur; de quo genere est tit. ultimus hujus lib. vel privatum, quo offenduntur singuli, quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta propriè crimina; privata maleficia appellantur: quamquam verbum criminis ad delicta privata quoque pertinet; quatenus scilicet & illa considerantur, ut societatem civilem & statum publicum turbantia: quod contingit sanè per consequentiam, & ideò extra ordinem etiam criminaliter de his agi potest, *l. ult. de priv. del. l. ultim. de furt. l. ult. de injur.* Sed judicia criminalia huc non pertinent: quippe in quibus non persequimur forensi aut civili actione, quod nobis, quibus nocitum est, ex ea causa deberur; sed extra ordinem ad vindictam agimus; pœnamque pro modo admissi arbitrio cognoscentis statuendam, sive corporalem sive pecuniariam, quæ fisco applicetur.

TEXTUS.

Continuatio & divisio obligationum ex delicto.

Quum sit expositum superiore libro de obligationibus ex contractu, & quasi ex contractu; sequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quasi ex maleficio dispiciamus. Sed illæ quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur: hæ verò unius generis sunt; nam omnes ex re nascuntur; id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

NOTÆ.

Quæ ex delicto] Scilicet privato, unde læso obligatio & actio pecuniaria, sive civilis. Nam judicia publica aut persecutiones criminales huc non pertinent.

Furto, rapina, damno, injuria] Quadriga delictorum privatorum; ex Cajo *l.4. de obl. & act.* Reliqua de quibus *lib.47.D.* ad hæc quatuor referri possunt.

COMMENTARIUS.

1 Quo sensu maleficia omnia dicantur ex re nasci.
2 Summa hujus tituli.

1 HÆ *unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur*] Ita quoque Gajus *l.4. de obl. & act.* Obligationum, quæ ex contractu descendunt, quatuor sunt species, causis efficientibus distinctæ: nam aut re contrahuntur; aut verbis; aut litteris; aut solo consensu; *§.ult. sup. de oblig.* Quæ verò ex maleficio oriuntur, si causam efficientem spectamus, omnes unius generis sunt: nam hæ omnes re tantùm consistunt, id est, ipso maleficio, *d. l.4.* Ut ecce: qui verbis aut scriptura professus est furtum se fecisse, aut in furtum nuda voluntate consensit, non tenetur furti: sed ut teneatur necesse est contrectatio interveniat; *l. si quis 52. §. neque 19. de furt.* Similiter si quis verbis aut litteris confessus est, se injuriam alicui fecisse, non tenetur injuriarum; sed ut teneatur, oportet intervenisse contumeliam, *l. si unus 27. §.2. de pact.* ubi Jurisconsultus ait: Actionem injuriarum non ex pacto nasci, sed ex contumelia. Ut ut ergo injuria etiam verbis & scriptura fieri dicatur; *l.1. §.1. l.5. §. si quis 9. & seq. de jurejur. l. un. C.* 2 *de famos. libell.* tamen illa hic non attenduntur ut causæ obligationis; sed ipsum maleficium dumtaxat & contumelia, quæ iis inhæret: unde actio omnis, quæ ex maleficio descendit, ex facto esse dicitur, *l. actionem 25. §.1. de obl. & act.* Illud quoque dissimile est, quod ad constituendam ex contractu obligationem requiritur mutuus consensus: ex delicto autem obligamur nolentes & inviti.

Furto, rapina, damno, injuria] Eadem genera maleficiorum nec plura enumerat Gajus *d. l.4.* nimirum reliqua ad hæc quatuor referri possunt. Porrò horum singula singulatim & suis quæque titulis explicantur. De furto ex professo hoc titulo, quamvis generaliter conceptus sit, agitur, doceturque, quid illud sit; & quotuplex; quæ ejus pœna; quæ causa efficiens; materia; & forma; quando; quibus in rebus; & à quibus committatur; quis sit effectus; quæ inde actiones; quibus; contra quos; & cujus rei gratia dentur.

TEXTUS.

Definitio furti.

1. *Furtum est contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve; quod lege naturali prohibitum est admittere.*

COMMENTARIUS.

1 Furtum non fieri sine contrectatione: & quid inde: tum quis contrectare dicatur.
2 Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet.
3 Non item qui non lucrandi animo.
4 Quid si urgente fame esculenta ablata, &c.
5 Furtum fieri non intelligi, nisi sit qui possideat.
6 Furta per se & natura turpia esse.

AUctor hujus definitionis est Paulus *leg. 1. §. ult. hoc tit. de furt.* Idem *lib.2. sent. tit. 31.* furem sic definivit: *Fur est*, inquit, *qui dolo malo rem alienam contrectat.*

Contrectatio) Furtum sine contrectatione fieri non potest. Contrectare est rem manu tractare & loco movere, *l.2. §. si rem, 18. de acq. poss. l. thesaurus 15. ad exhib.* Ex quo primùm intelligimus: furtum non nisi in rebus corporalibus iisque movere admitti, *§.2. sup. de usuc. in fin.* Deinde furtum non fieri verbis aut scriptura, solove consilio aut cogitatione furti faciendi, *l.1. §.1. l. si quis 52. §. neque 19. hoc tit.* Et consequenter furem nondum esse, qui tantùm conclave intravit furandi causa, *l. vulgaris 21. §. qui furti 7. eod.* nec illum statim esse, qui inficiatur depositum; sed ita si intervertendi causa amoverit, occultaverit, *d. l.1. §. 2. l. inficiando 67. eod. d. l.3. §. si rem. 18. de acq. poss.* Planè etiam sine ablatione sola contrectatione furtum committi potest, *d. l. vulgaris, §. item si 8. hoc tit.* Neque is solùm furtum facere & rem contrectare intelligitur, qui eam surripit, & domino aufert: sed & qui rem aut pecuniam, quam à domino accepit alteri dandam solvendam, vel partem ejus rei pecuniæve, in suos usus convertit; *l. si quis 52. §. Iulianus 16. eod. l.7. C. eod.* aut qui re priùs ex voluntate domini accepta utitur, cùm usum nullum habeat: aut aliter utitur, quàm ex lege contractus debuit; de quo pleniùs *inf. sub §. furtum 6.* Per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur, quo præsente indebitum ei, quem delegavit, solvitur, *l. falsus 43. §.2. eod.* 1

Fraudolosa] Fraudolosa contrectatio est, cum quis rem alienam contrectat sciens dolo malo. Suam rem, quatenus sua est, nemo fraudolenter contrectare potest, *vid. inf. §. aliquando 10.* Sed si cùm esset aliena, suam quis esse existimaverit; fur non est licèt in jure, non in facto erret, *l. sed & si 25. §. scire 6. de hær. pet. §.2. de usuc.* ex voluntate enim & proposito maleficia æstimantur; *leg. qui injuriæ 53. h. t.* Denique furtum sine animo

mo & affectu furandi, id est; rem intervertendi domino non committitur, §. *placuit 7. inf. eod.* Cui non est contrarium, quod Pomponius scribit: Eum, qui saccum cum pecunia surripuit, furti etiam sacci nomine teneri, quamvis sacci surripiendi animum non habeat, *l. qui saccum 77. eod.* Nam etsi in hujusmodi specie principale propositum non est saccum furari: tamen per consequentiam, quò scilicet commodiùs pecunia auferri queat, etiam saccus animo surripiendi ablatus intelligi debet. Illud quoque hic tenendum est: fraudis mentionem etiam ideò fieri, ut discernatur furtum à rapina, actus clandestinus à violento, *κλοπὴ γάρ ἐστι ἡ λανθάνουσα τῶν ἀλλοτρίων μετάληψις. Proc. in Parmen. Plat.* Nam etsi generali significatu, & vis fraudem & dolum habet; *l. 2. §. doli vi bon. rapt.* specialiter tamen fraudis appellatione ea injuria significatur, quæ occultè fit & clanculum, cùm vis sit aperta: quò pertinet illud Ciceronis: *Fraudem vulpeculæ, vim leonis esse.*

3 *Lucri faciendi gratia*] Hæc verba causam finalem continent, & præcipue furtum à cæteris maleficiis separant, *l. 8. §. 2. arb. furt. Cæs.* Etenim in distinctione delictorum non tam factum considetatur quàm faciendi causa; id est propositum & intentio delinquentis. Itaque si quis rem alienam contrectet, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, quamvis sciens, dolo malo; id factum in aliud genus delicti cadit: si contumeliæ causa; injuria est: si nocendi tantùm gratia; damnum, quod vindicatur lege Aquilia, *l. verum 39. l. qui injuriæ 53. h. t. l. 5. §. ult. leg. 41. ad leg. Aquil.*

4 A lucri studio, ac proinde etiam à crimine furti & ille alienus esse videtur, qui urgente fame esculenta aufert, ut inediæ succurrat, *c. 3. C. de furt. c. 26. de consecr. dist. 5.* quemadmodum nec illud pro furto habetur, si viator equum, quo vehitur, reficiat & pascat in gramine aut viridi sylva secus viam, dummodò id faciat sine aliqua vastatione; *lib. 2. feud. tit. de pac. ten. & ejus viol. §. ult.* cui simile

5 est, quod viatori permittit Moses *Deuter. cap. 23. vers. pen. & ult.* & Plato *de legib. add. Govarr. in cap. peccatum de reg. jur. in 6. p. 2. §. 1. n. 3. & Grot. 2. de jur. belle & pac. c. 2. num. 6. vel.* Illud sciendum est: ut maximè res contrectetur fraudulenter & lucri faciendi causa; furtum tamen subtili ratione juri non aliter fieri intelligi, quàm si fit, qui possideat. Hinc enim est, quod negatur furtum fieri rei hæreditariæ ante aditam hæreditatem, vel post aditam, antequàm hæres possideat, nisi res pignori data, aut commodata, aut ususfructus alienus, *leg. 1. §. Scævola 15. si is qui test. libr. l. 14. §. si res 14. l. hæreditariæ 68. cum 2. ll. seqq. hoc tit. l. 2. & l. ultim. expil. hæred.* Efficit hoc iniquam subtilis juris ratio, quasi non fit, cui fiat. Neque tamen impunè fert, qui hujusmodi rem surripuit: nam præterquam quòd ad exhibendum cum eo agi potest, & hæres rem vendicare; tenetur crimine expilatæ hæreditatis; *d. l. 2. expil. hæredit.* Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis fortè aliquid in via jacens lucrandi animo sustulit, ignorans cujus sit; *leg. falsus 43. §. 4. hoc titul. D. Tulden. commentar. hic cap. 8.*

Vel ipsius rei, vel usus possessionisve] Hoc est, ea gratia, ut quis lucrum faciat vel totius rei, quam contrectat, vel usus ejus aut possessionis dumtaxat: nam ipsa contrectatio tantùm corporis est; exempla furti usus rei sunt *in §. furtum 6.* possessionis, *§. aliquando 10. inf. l. furtivum 74. h. t.*

Lege naturali prohibitum] Furtum non ut nuptiæ cum filia aut sorore adoptiva more aut instituto civitatis, sed per se natura turpe ac flagitiosum est, sicut homicidium, adulterium, aliaque id genus fœda *l. probrum 42. de verb. sign.* ad quod demonstrandum nihil opus est vel auctoritate vel ratiocinatione. Natura ipsa hoc omnium mentibus ingeneravit: Nefas esse alteri detrahere sui commodi causa. Cicero *lib. 3. offic. Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus.* Quod verò apud quasdam gentes furta licita atque impunita fuere, veluti apud Ægyptios & Lacedemonios; de quibus testatur, *Gell. lib. 11. c. 18.* id rationem communem non mutat: neque ex unius aut alterius populi institutis de jure naturæ sive gentium judicandum est; de quo latiùs disserui *sub tit. lib. 1.* Sed nec illi ipsi, quos diximus, Ægyptii aut Lacedæmonii furta simpliciter permiserunt aut probarunt tamquam rem omnibus & per se licitam. Verùm Ægyptiorum legislator, cùm existimaret fieri non posse, ut omnes à furto abstinerent; viam quæsivit, qua domini res sublatas statim & sine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellent, jussit nomen suum profiteri apud furum Principem; atque ad eum res surreptas è vestigio referre: quæ deinde dominis ita restituerentur, ut priùs taxatione facta, quartam partem pretii earum pro redemptione persolverent quasi pœnam negligentiæ, *Diod. Sicul. libr. 1. Biblioth. cap. 18.* Lycurgus autem, qui Lacedemoniis leges tulit, non promiscuè omnium rerum furta permisit, sed tantùm edulium: neque omnibus furari, sed junioribus dumtaxat; quos furtim sibi alimenta comparare voluit, ut acuerent industriam, discerentque à pueris, noctu vigilare, interdiu fallere, insidias struere, exploratores habere: quoniam deprehensos verberibus cædi jubebat; ita adultos bello utiliores fore existimans, teste Xenophonte *libr. de republ. Lacedæm.* 6

Textus.

Etymologia.

2. *Furtum autem vel à furvo id est, nigro dictum est, quod clam & obscurè fiat, & plerumque noctè; vel à fraude; vel à ferendo, id est, auferendo; vel à Græco sermone, quo φῶρας appellant fures. Imò & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerint.*

Vinnius in Institut.

COMMENTARIUS.

TRaditur hic quadruplex furti etymologia ex *l.1. pr. hoc tit.* nimirum quòd furtum dictum sit vel à furvo, vel à fraude, vel à ferendo, vel ab antiquo Græco verbo φῶρ. Prima notatio Labeonem quoque auctorem habet, qui, ut Paulus refert *d. l.1.* furtum à furvo, id est, nigro ideò dictum ait, quòd clam & obscurè fiat, & plerumque nocte: quod etiam Nonius *lib.1.* confirmat auctoritate Varronis, quem, scribit, furem ex eo dictum tradidisse *lib.14. de rer. divin.* quod furvum atrum appellaverint, & fures per obscuras noctes atque atras faciliùs furentur. Servius quoque *in lib. Æneid.* ad illud Virgilii, *Hic furto fervidus instat*, notat: fures ideò dictos, quòd furvo, id est, nigro tempore furta committunt: Secundæ auctor est Sabinus, *d. leg.1. lib.1.* quæ mihi videtur minùs concinna. Tertia, quòd à ferendo, id est, auferendo fures dicantur, cum re optimè convenit. Postrema, quòd fur à verbo Græco φῶρ, per affinitatem litterarum dictus sit, placet Gell. *lib.1. c.18.* ubi tantùm non carpit Varronem, quasi memoria lapsum, quòd furem dictum scripsit à furvo.

TEXTUS.

Divisio.

3. *Furtorum autem duo sunt genera; manifestum; & nec manifestum. Nam conceptum & oblatum species potiùs actionis sunt furto cohærentes quàm genera furtorum; sicut inferiùs apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec solùm is, qui in ipso furto deprehenditur; sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit, veluti qui in domo furtum fecit, & nondum egressus januam deprehensus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto deprehensus fuerit. Imò ulteriùs furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel à domino, vel ab alio: antequàm eò pervenerit, quò deferre vel deponere destinasset. Sed si pertulit, quà destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva; non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quæ diximus, intelligitur: nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.*

NOTÆ.

Quàm genera furtorum] Quamvis Paulus hæc inter genera furtorum referat, *l.3. sent.31.*

COMMENTARIUS.

1 *Genera furtorum tum quæ olim, tum quæ secundùm praxim hodiernam.*
2 *Furis manifesti descriptio.*
3 *Quid furtum nec manifestum.*

FUrtorum tantùm duo sunt genera; manifestum; & nec manifestum, *l.2. eod.* Nam, ut 1
hic indicatur, & latiùs explicatur, *§. seq.* conceptum & oblatum non sunt genera furti, sed species actionis furto cohærentes: neque inter duo illa genera reperitur medium; quamvis fieri possit, ut ejusdem rei utrumque furtum committatur, diverso scilicet tempore & actione, *l. vulgaris 21. pr. vers. etsi eod.* Planè furtum variè subdividi potest; veluti quòd aliud sit diurnum, aliud nocturnum; aliud domesticum, aliud non domesticum. Discernuntur & à cæteris furibus abigei, balnearii, saccularii, directarii; atque atrociùs extra ordinem puniuntur; *tit. de abig. & de fur. baln. l.7. de extraord. crim.* Peculatores, sacrilegi, plagiarii, puniuntur legibus publicorum judiciorum, *§.9. & 10. inf. de publ. jud.* Ex praxi Galliæ & harum regionum furtum dividitur in simplex & qualificatum. Simplex est, cui nullum aliud crimen aut circumstantia aggravans adhæret. Qualificatum contra, *Vid. Damhoud. prax. crim. c.110. de furt. Baron. comment. hic, p. ult.*

Manifestus fur est] Descriptio furis & furti manifesti, ex qua discimus: furem manifestum censeri primùm eum, qui in ipso facto seu actu furandi deprehenditur: tum eum etiam, qui deprehenditur in loco, ubi fit furtum: postremò & eum, qui quantumvis locum egressus deprehenditur cum re furtiva, antequàm eam pertulit, quò perferre destinaverat. Desumpta hæc descriptio est ex *l.3. & 2. seq. de furt.*

Ἐπ' αὐτοφώρῳ appellat [Hoc est αὐτοφωρεί, in ipso furto, ἐπ' αὐτῇ τῇ φωρᾷ, scil. ἁλόντα deprehensum in admisso Papinianus appellat, *leg.8. de præsc. verb.* Paulus de eo, qui cum furto deprehenditur, hoc explicat, *d. l.3. in pr.* sed pleniùs Hesychius, ἐπ' αὐτοφώρῳ, inquit, ὁ φανερῶς καταληφθεὶς, ἢ ἐπ' αὐτῷ τῷ κλέμματι εὑρεθεὶς ἔτι κατέχων αὐτό. Usurpatur & de deprehensis in alio quolibet facto aut crimine; ut Novell. Leonis περὶ τῶ ἐπ' αὐτοφώρῳ ἁλόντος μοιχῷ.

Visus vel deprehensus [Non solùm prehensio, sed etiam visio furem manifestum facit: utique cum ad eum comprehendendum accursum est, isque abjecto furto effugit, *l.7. §.1. & 2. eod.* Servius in illud Virgilii *Eccleg. 3. Non ego te vidi*; Manifesti, inquit, eum furti arguit, dicendo, *vidi*.

Vel à domino, vel ab alio] Nihil refert, à quo fur deprehendatur, utrùm ab eo, cujus res est, an à vicino, aliove quolibet transeunte, *l.5. §.1. l.7. § ult. eod.* Itaque quòd de procuratore furtum mihi facientem deprehendente proponitur, *l. si quis 24. §.2. de usur.* id exempli tantùm causa prolatum

in.cl-

intelligendum est. Neque hac ratione fit, ut alteri per alterum obligatio acquiratur contra regulam juris, §. 4. & §. *alteri* 18. *sup. de inut. stip.* Nam deprehensi, cujuscumque ea sit, delictum tantùm qualificat.

Nec manifestum furtum quid sit, &c.] Nec manifestum furtum quid sit, ex manifesti tamquam contrarium ex contrarii sui definitione intelligitur, *l.* 8. *hoc tit.* Sed & apertè illud definitur vers. proximè præced. ubi Justinianus ait: Eum, qui rem pertulit, quo destinavit, tametsi cum re furtiva deprehendatur, non esse furem manifestum. Quomodò & Jurisconsultus *l.* 5. §. 1. *eod.* idque sic à Paulo explicatur, *l.* 4. *eod.* Si eò pertulit, quò destinavit eo die manere cum eo furto. Quare etsi postero die iterum rem auferat, & dum aliò perfert deprehendatur; non erit fur manifestus. Bellè in hanc sententiam Masiurius apud Gellium *li.* 11. *c.* 18. *Manifestum*, inquit, *furtum est, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quò ferri cœperat.*

TEXTUS.

De furto concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita, & inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit; utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius quàm apud eum, qui dedit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversùm eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto Prætoris per actionem furti non exhibiti adversùs eum, qui furtivam rem apud se quæsitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, scilicet concepti, & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abjerunt. Quum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fiat; meritò ex consequentia earum præfatæ actiones ab usu communi recesserunt: quum manifestum sit, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint, & celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.*

NOTÆ.

4. *Requisitio rei furtivæ*) Hoc est, testibus præsentibus: quæstiones enim furtorum cum lance & licio (vid. Fest. in voce *Lance*, Gell. *ubi sup.*) quæ ex lege Attica venerant, jam ætate Gellii evanuerant. Gell. 16. *capit.* 10. Cujac. Hotom.

COMMENTARIUS.

1 *Vetus inquirendi furti ratio cum lance & licio.*

Conceptum furtum, item oblatum, non tam esse genera furti quàm species actionum furto cohærentes; didicimus §. *præc.* quamvis Paulus 2. *sent.* 31. & Gajus 2. *inst.* 11. etiam hæc inter genera furtorum numerent. Idemque habendum de duobus reliquis, quorum hic fit mentio; prohibito scilicet; & non exhibito.

Furtiva res quæsita & inventa) Is, apud quem testibus adhibitis res quæsita & inventa erat, quamvis fur non esset, tenebatur actione furti concepti. Paulus *d. loc. Concepti*, inquit, *actione is tenetur, apud quem furtum quæsitum & inventum est.* Item: *Concepti is agere potest, qui rem concepit & invenit.*

Propria actio constituta] In triplum, ut testatur Gellius *lib.* 11. *cap.* 18. ubi scribit: Ea furta, quæ per lancem & licium concepta essent, perinde ac si manifesta forent, duodecim tabulis vindicata: post verò tripli pœnam ordinario jure constitutam.

Oblatum furtum) Oblati furti is tenebatur, sive fur, sive alius quis, qui rem furtivam alii obtulerat, ne apud se deprehenderetur, atque ita pœnæ turpitudinem effugeret. Hic ei, apud quem res concepta erat, propria adversùs eum, qui obtulerat, actio dabatur, quæ dicebatur oblati: cujus vis in triplum item erat; ut testantur Gellius & Paulus iisdem locis.

Prohibiti furti actio) Prohibiti furti actione tenebatur, qui furtum apud se testibus præsentibus investigari prohibebat. Furti non exhibiti, qui rem furtivam apud se quæsitam & inventam non exhibebat. Utraque igitur hæc actio pendebat ex furto concepto.

In desuetudinem abierunt) Quatuor superiores actionum species tempore Justiniani dudum obsoleverant; & ideò nullam earum mentionem in Pandectis fieri solvit.

Requisitio rei furtivæ secundùm veterem observationem) Ratio inquirendi furti cum lance & licio vetustissima est, utpotè ex lege duodecim tabularum; teste Gellio *d. loc. & lib.* 16. *cap.* 10. Ex Festo autem discimus: lance & licio apud antiquos dici, quòd qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfamil. aut virginum præsentiam. Quod sumptum videtur ab institutis Atheniensium. Nam & Plato *lib.* 12. 1

de legibus, sic scribit: φωρᾶν δὲ ἂν ἐθέλῃ τίς τι παρ' ὁτῳοῦν γυμνὸς ἢ χιτωνίσκον ἔχων ἄζωστος, &c. ἴτω φωρῶν. Id est: Si quis furtum apud quempiam velit quærere; is id faciat nudus, aut licium habens, & discinctus. Nudi ædes suspectas ingrediebantur amicti tantùm simplici cincticulo, quod hic Veteres licium vocant, ne quid fortè vestibus conditum inferrent, dominoque ædium falsum crimen objectare possent. Hanc autem furti investigandi rationem jam suo tempore sublatam fuisse; refert Gellius *d. cap.* 10. ut verisimile sit, in locum ejus successisse, quod hic scribit Justinianus: Ut testibus adhibitis furtum in domo aliena quæreretur; quod tamen & ipsum ut durum atque inhumanum, quoniam hoc modo secreta cujusque hominum nimiæ curiositati panduntur, postea exoleverit.

Furti nec manifesti obnoxii sunt) Quid si rei criminis planè convinci non possint; sint autem non levia susceptæ & celatæ rei furtivæ indicia? Admittetur hodieque ejus rei inquisitio in ædibus alienis, sed auctoritate publica, missis executoribus justitiæ, non eo, cui furtum factum dicitur; *D. Tulden. comm. hic, cap.* 13. *post DD. commun.*

TEXTUS.

Pœna.

5. *Pœna manifesti furti quadrupli est tam ex servi quàm ex liberi persona: nec manifesti, dupli.*

NOTÆ.

5. *Tam ex servi quàm ex liberi*] Hoc dicit respiciens ad pœnam furti manifesti ex lege 12. tab. qua servi è saxo præcipitabantur: liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset. Gell. 11. *cap.* 18. Prætores autem id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos; convenit *cap.* 3. *Exod. cap.* 5. *Deuter.*

COMMENTARIUS.

1. *Furta variè mulcata etiam apud Romanos; à Decemviris; à Prætoribus, & n.* 5.
2. *Procedente tempore etiam criminaliter furti agi cœptum: & tandem civiliter agi desitum.*
3. *Quæ furti pœna ex Constitutionibus Friderici & Caroli Imper. & quomodò nunc ferè fures plectantur.*
4. *Ostenditur, non pugnare cum justitia attributrice, quòd fures interdum etiam morte afficiantur.*

1 POena furti nec una apud omnes, nec eadem semper apud Romanos fuit. Nam alii pœna pecuniaria tantùm; alii flagellatione; alii fustigatione; alii effoctione oculorum, aut alicujus membri amputatione; alii graviùs etiam, adeoque morte furta multarunt, *vid. Alex. ab Alex.* 6. *genial. dier.* 10. *Bodin.* 6. *de republ.* 6. Decemviri fures manifestos verberibus affectos in servitutem tradi jusserunt ei, cui furtum factum esset: servos furti manifesti prensos cædi, & è saxo præcipitari. Furtis autem non manifestis tantùm pecuniariam pœnam dupli imposuerunt: quorum in altero severitatem Draconis, qui furta omnia capite plectebat; in altero Solonis lenitatem, qui ea dupli tantùm pœna vindicabat, secuti videntur; *Gell. lib.* 11. *c.* 18. Cæterùm Prætoribus pœna illa furti manifesti adhuc nimis acerba visa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt; dupli fures non manifestos intactam reliquerunt. Procedente verò tempore etiam crimi- 2 naliter furti agi cœptum est & vindictæ publicæ causa, extraordinaria animadversione fures coerceri, pœnam statuente judice pro qualitate circumstantiarum: eaque persecutio criminis jam tempore mediæ jurisprudentiæ frequentiore in usu erat quàm actio furti civilis, *leg. ult. hoc tit.* Moderamen autem attulit Justinianus novissima sanctione, qua cavit: Ne pro furto vel mors, vel ullius membri abscissio infligatur; sed ut aliter fures castigentur, puta pœna pecuniaria, vel exilio, vel simili, quam Constitutione sua non excepit, *Nov.* 134. *cap. ult. auth. sed novo, C. de serv. fugit.* Posterioribus verò sæculis civilis furti actio pœnæque pecuniariæ, quæ ei, cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ sunt. Cæterùm severiùs furta vindicari placuit propter crescentem hominum audaciam furtorumque frequentiam, ad quæ coercenda pœnæ antiquæ jam non ampliùs sufficere videbantur. Extat Frederici Imperatoris Constitutio *lib.* 2. *Feud. titul. de pace ten. & ejus viol.* qua jubet: Eum, qui quinque solidos aut rem ejusdem valoris furatus fuerit, laqueo suspendi: eum verò, qui minus furtum commiserit, scopis & forcipe excoriari & tundi; sive ut Hotomannus legit, tonderi; *§. ult. dict. tit.* eamque pœnam idem Imperator confirmare videtur, *eod. lib. Feud. tit. de pac. ten. inter subdit. §. injuria seu furtum.* Quod autem plerique Fredericum loqui putant non de simplici furto, sed seditioso, id est, eo, cum quo concurrit & crimen violatæ pacis, argum. rubricæ vid. *Lud. Gomez. ad §. ex maleficiis* 18. *nu.* 34. *& 5. inf. de act. Clar. §. furtum, n.* 7. *Schneid. in §. ult. hoc tit. n.* 6. id vix confutatione dignum videtur. Quid enim commune habet furtum cum violatione pacis? Sed & violatio pacis publicæ per se crimen capitale est; neque in eo locum habet distinctio, quam Fredericus facit. Recentior est Constitutio Caroli Quinti, qua cavetur; Ut fures præsertim non manifesti neque magnæ rei, & semel duntaxat furti convicti; leniùs: iterùm & tertiò convicti; graviùs & capite puniantur, habita tamen ratione sexus, ætatis, &c. *art.* 157. *& seq. const. imp. caus. crim.* Atque hanc Caroli Imperatoris Constitutionem mores hodierni ferè sequuntur. Prima enim vice nunc virgis fures cædi solent: iterùm patrato facinore acriùs castigantur, atque insuper tergis eorum stigma inuritur, ut hoc lit-

eis

eis cauterium emendatioris vitæ: denique tertiò convicti in patibulum attolluntur, ut vitam, quæ flagris, aut alia etiam graviore coertitione emendari non potuit, rectè finiant. Qui tamen ordo animadversionis nonnunquam mutatur, circumstantiis judicem aliter moventibus. *Gomez ad d. §. ex maleficiis, n. 4. Chassan. ad consuet. Burgrub. 1. §. 5. vers. simplex, num. 2. Clar. d. §. furtum n. 12. Covar. 2. resol. 9. n. 7. & 10. n. 2. Damboud. prox. crim. cap. 110. num. 18. & seq. Gudelin. 5. de jur. nov. 19.*

4 Privatis tantùm relicta est ejus, quod surreptum est, judicio civili persequendi facultas. Sunt, qui hasce pœnas præsertim capitalem illam laquei ut duras nimis & proportionem pœnæ ad delictum longè excedentes in totum damnant, negantque, justitiæ attributricis rationem pati, ut puniatur morte, qui in rebus dumtaxat externis alteri nocuit; maximè cùm etiam lex divina Hebræis per Mosen data non majore pœna, quàm pecuniaria fures plecti jubeat; *Exod. cap. 22.* Verùm respondent alii: non legibus pœnalibus Mosaicis utpote politicis non teneri, utique quoad gradus pœnarum observandos, quibus delicta coerceantur; satis esse, leges nostræ congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur: gradus pœnarum permittendos esse legum conditoribus, quibus proinde fas sit, severiùs delicta punire, atque ea quoque, per quæ fortunæ tantùm bonis nocetur, capite plectere, si viderint publicè id expedire, neque mitiore ratione cives à flagitio deterreri posse. Illam verò proportionem, quæ debeat esse culpam inter & pœnam, non spectare absolutè, & unde materiam delicti; sed habere respectum ad hunc finem, ut inquieto sit vita communis, & imperturbata maneat civium inter se societas. Quare si talis sit pœna, cujus metu cives à delinquendo non videantur revocari posse, eam proportionatam non esse: quamvis aliàs per se & ratione damni, quod illatum est, satis sit gravis. Neque enim proportionem hanc exigere, ut materia pœnæ examussim respondeat materiæ culpæ, hoc est, ut bonum, quo pœna privat, neutiquam excedat bonum illud, quo delinquens privavit proximum suum: sed æstimandum esse ex fine, publico scilicet bono, & transgressione legis atque inobedientia. Idque etiam Aristotelem docere 2. *polit. cap. ult. l.* ubi ait: Legislatores in puniendis delictis sæpè respicere πρὸς τὸ συμφέρον, id est, ad id, quod publicè expedit. Et intellexisse Claudium Saturninum in *l. aut facta 16. in fin. de pæn.* ubi scribit Supplicia exacerbari oportere, quoties nimium multis grassantibus exemplo opus est. In quam sententiam etiam differit Cæcilius apud Gell. *l. 20. c. 1.* ubi ait: Acerbitatem ulciscendi maleficii plerumque benè atque cautè vivendi esse disciplinam. Postremò neque furta quælibet hodie morte puniri, sed ea dumtaxat, quæ vel enormia sunt, aut conjuncta cum vi publica, vel quæ sæpiùs perpetrata leviori animadversione corrigi non potuere. *Covar. 2. resol. 9. nu. 7. Dan. Moll. 1. semestr. 37. num. 5. & seq. Vvesemb. par. de fur. in fin.* latè *Lud. Molin. de just. & jur. tom. 3. tract. dis. 2. Perez in C. de furt. num. 15. & seq.*

Tam ex servi, quàm ex liberi persona] Respicere videtur ad pœnam furti manifesti ex lege 12. tabularum. Nam ea pro conditione personæ ejus, qui furtum fecisset, diversa erat: servi è saxo præcipitabantur; liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset; ut ex Gellio supra retulimus. At Prætores mutata legis pœna, 5 & pecuniaria quadrupli furto manifesto imposita, id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos: ut scilicet nomine servi furis manifesti dominum pœnali in quadruplum actione convenire liceret; non quidem purè & directè, ut homo liber convenitur ex maleficio proprio: sed judicio noxali; *inf. tit. de nox. act.* Quòd si quis furti à servo commissi criminaliter agere velit; ipse servus conveniendus est.

Textus.

Quomodò furtum fit. De contrectatione.

6. Furtum autem fit, non solùm cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet: sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur: sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quàm cujus gratia ei data est; furtum committit: veluti si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregrè secum tulerit: aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquò duxerit, quod Veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.

Notæ.

6. *In alium usum transferas*] Vel etiam alii utendum concedat. Species enim lucri est, ex alieno largiri, & beneficii sibi debitorem acquirere, *d. l. 54. §. 1.*

Qui in aciem] Cujacio legendum videtur: *Qui in Ariciam acceptum equum longius perduxisset*; ex Valerio & Symmacho *dd. loc.* quamquam constans est hæc lectio, *In aciem*; Theoph. εἰς παράταξιν.

Commentarius.

1 *Quid moribus horum temporum circa hunc §. observetur.*

Furtum

FUrtum fieri intelligitur non tantùm si quis rem alienam clam domino amoveat ipsius rei intervertendæ causa; verùm etiam si quis id faciat; solius usus rei in lucrum suum transferendi gratia: adeòque non amovendo tantùm, sed etiam aliter contrectando furtum committitur; nempe si quis ea re, quam voluntate domini apud se habet, non ex voluntate domini utatur. In summa, ut Sabinus ait apud Gellium *lib. 11. ca. 18. Qui alienam rem attrectavit, cum id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur.*

Si creditor pignore, &c.] Pignus non ad utilitatem, sed ad securitatem datur; §. *ultim. sup. quib. mod. re cont. obl.* depositum custodiæ causa, non usus; *tot. tit. depos.* Itaque si creditor pignore, is apud quem res deposita est, ea re utatur; furtum committi intelligitur. Idem est, si commodatarius in alium usum, quàm in quem accepit, rem commodatam transferat: & magis idem, si quis pecuniam; quam ad alium perferendam accepit, convertat in usus suos; *leg. qui jumenta 40. leg. si pignore 54. leg. qui re 76. hoc tit. leg. 7. Cod. eod.* Sed & eum, qui quid utendum accepit, si id alii commodaverit, furti obligari traditum est; nec quem movere debere, quasi hic nihil lucri sui causa faciat: speciem enim lucri esse ex alieno largiri, & beneficii sibi debitorem acquirere. Unde eum quoque furti teneri, qui ideò rem amovet, ut alii donet, *d. leg. si pignore*, §. 1.

Veluti si quis argentum, &c. aut equum gestandi causa.] *l. 5. §. quinimo 8. commod. d. l. 40. hoc tit. Gell. lib. 7. c. 15.* Memorabile est, quod refert Val. Max. *lib. 8. c. 2.* & Symmach. *7. epist. 69.* Furti quemdam damnatum esse, quòd equo, cujus usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus mancipii clivo vectus esset. Quòd tamen mihi per quàm durum videtur: neque puto, criminaliter ex hujusmodi causis agi potuisse. Sanè pœna corporalis, qua nunc fures afficiuntur, tantùm locum habet in amotione rei è loco, in quo dominus eam posuerat; non etiam cum aliàs ignorante domino contrectata est: puta à creditore, aut depositario, pignore aut re deposita utentibus, aut à commodatario excedente præscriptum utendi modum. Excipit D. Tuldenus *comm.*
1 *hic cap. 2.* fraudem publici tabularii; & meritò. Moribus horum temporum creditor aut depositarius re pignorata aut deposita utentes, aut commodatarius re commodata aliter, quàm utendam accepit, furti actione, quæ soli fisco nunc competit, non tenentur; sed tantummodò actione civili in id, quod ejus, qui pignori dedit, deposuit aut commodavit, interest, id factum non esse. *Zypæ not. jur. Belg. de furt. vers. pen. Antumn. confert. dudroict. in l. qui jumenta 40. hoc tit. Groenew. de l. abrog. hic.*

TEXTUS.

De affectu furandi.

7. *Placuit tamen; eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quàm utendas acceperint, ita furtum committere, si se intelligant, id invito domino facere; eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant; extra crimen videri; optima sanè distinctione; quia furtum sine affectu furandi non committitur.*

NOTÆ.

7 *Sine affectu furandi*] *l. 37. de usuc.* Furtum non committitur *χωρὶς κακῆς προθέσεως*. Psell. cum facto etiam animum furis exigit; *l. 41. ad l. Aquil.* nec tam factum quæritur, quàm faciendi causa; *l. 39. eod.* Nam maleficia ex proposito delinquentis æstimantur; *l. 53. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Species quædam notabilis.*

CUm furtum sine animo & affectu furandi, *χωρὶς κακῆς προθέσεως*, non committatur; *l. furtum 37. de usuc.* neque tam factum quæratur quàm faciendi causa; *l. verum 39. hoc tit.* rectè dictum est. Eum, qui putavit se voluntate domini rem attingere, non esse furem. Quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falsò id, sive verè putet? Is ergo solus fur est qui attrectavit, quod invito domino se facere scivit; *l. inter omnes 46. §. rectè 7. eod.*

Rebus commodatis aliter uterentur] Idem est si quis utatur re, quæ utenda quidem data non est, sed custodiæ aut pignoris causa tradita, existimans se id facere domino non invito; *l. qui re 76.* 1
eod. Sed quid dicendum, si quis rem aliquam usus sui causa ex ædibus alienis amoverit hoc obtentu, quod dicat, se putasse dominum id permissurum fuisse? Equidem si vir sit integræ famæ, & justam causam hujus opinionis habeat, puta quæ mutua amicitia, necessitudine, familiaritate nitatur; dixerim, nec hunc furem habendum esse, cum *Ioan. Fab. & Ang. hic.* per text. generalem in *d. l. inter 46. §. recte, hoc tit.* aliàs suspicione furti & gravi præsumptione onerabitur: *arg. l. qui vas 48. §. 3. eod* Nam, ut rectè ait Bald. in *l. 6. C. de dol.* in his, quæ sunt de genere prohibitorum, semper dolus præsumitur. Quæ sententia etiam communi calculo comprobata est; in *l. 5. C. de injur.* Et ideò ne domini quidem attestatio profitentis consensu suo rem amotam esse, furem liberabit; utpote quæ pretio aut precibus emendicata creditur, nisi accedant idoneæ in contrarium conjecturæ. Cæterum hoc tunc locum habet, cum furti criminaliter agitur: nam privatam sui juris persecutionem unusquisque remittere potest. Ita

post

post *Bard. in d. l. inter §. rectè, hoc tit. & DD. ind. transigere, C. de transact.* concludit Gomez. 3. *resol.* 5. *nu.* 2.

TEXTUS.

De voluntate domini.

8. *Sed & si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat; dicitur furtum non fieri. Unde illud quæsitum est: Quum Titius servum Nævii sollicitaverit, ut quasdam res domino surriperet, & ad eum perferret, & servus id ad dominum pertulerit: Mævius autem dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre; utrum furti, an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis super hac dubitatione suggestum est, & antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus: quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem præstantibus: quibusdam furti tantummodo; nos hujusmodi calliditati obviam euntes, per nostram Constitutionem sancimus: Non solùm furti actionem, sed & servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior à sollicitatore minimè factus est, & ideò non concurrant regulæ quæ servi corrupti actionem introducunt: tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei pœnalis actio imposita, tamquam si re ipsa fuisset servus corruptus; ne ex hujusmodi impunitate & in alium servum, qui facilè posset corrumpi, tale facinus à quibusdam perpetretur.*

NOTÆ.

8. *Si credat invito, &c. domino autem volente*] Pomponius *l.* 46 §. *pen. eod.* ait: furtum quidem fieri; sed negat hoc casu furti agi posse: quia dominus in usum consentiens re ipsa fraudatus non est *arg. l.* 145. *de reg. jur.*

Neque furti] Quia cui volenti furtum factum est, furti agere non potest; uti modò dictum.

Neque servi corrupti] Quippe quæ ei tantùm à Prætore proponitur, cujus servus persuasione alterius corruptus est; *l.* 1. *de serv. corrupt.* quod hic factum non est.

Quibusdam furti tantummodò] Quoniam voluntas ista domini non fuit seria, sed simulata, ut fur deprehenderetur.

Per nostram decisionem] *leg.* 20. *de furt.* ubi vel conatum tam improbum sollicitatoris vult puniri, proque furto & corruptione haberi.

Non concurrant regulæ] Quia conatus revera effectum non habuit.

Tamen consilium corruptoris, &c.] Id est, effectum habuit consilium opinione perniciosi suasoris, atque res est pessimi exempli; *d. leg.* 20.

Tamquam si re ipsa, &c. corruptus] Si autem servus re ipsa corruptus fuisset, in duplum quanti ea res est, in corruptorem judicium daretur; *l.* 1. *de serv. corrupt.*

COMMENTARIUS.

1. *Eum, qui rem alienam licèt insuper habente domino fraudulenter contrectat, revera furtum facere: furti tamen non obligari.*
2. *Cur dubitatum: utrùm sollicitator servi in hypothesi proposita actione furti aut servi corrupti teneretur, necne.*

QUod hic ait Justinianus: Furtum non fieri, etiamsi quis credat se rem invito domino attrectare, cùm id faciat domino volente; id non de facto ipso, sed de pœna facti accipiendum est: videlicet in proposito non eo effectu furtum 1
committi, ut is, qui contrectavit, pœnali actione furti teneatur. Neque enim negari potest, quin revera furtum faciat, & peccato conscientiam obstringat, qui rem alienam lucri sui causa fraudulenter contrectat, etiamsi illo ignorante dominus insuper habeat; quod & Pomponius fatetur, *l. inter* 46. §. *pen. hoc tit.* Cæterùm negat eum hoc casu furti obligari, id est furti cum eo agi in foro civili posse: quoniam dominus, qui eum uti voluerit, etiamsi id fur ignoret, re ipsa fraudatus non sit; *arg. l. nemo* 45. *de reg. jur.* Sunt verò & alii casus, quibus licèt furtum committatur, actio tamen furti certis de causis à Magistratu denegatur; *vid. l.* 1. *in fin. ver. amot. leg. servi* 17. *leg. si libertus* 89. *hoc tit.* §. *hi qui* 12. *inf. eod.*

Vnde illud quæsitum, &c.] Quoniam placet furti non obligari eum, qui rem alienam contrectat, si id faciat domino volente, licèt hoc ipse ignoret; quæsitum inde: an furti teneatur, qui servum alienum sollicitavit, ut res aliquas domino surriperet, & ad se perferret, si dominus, per servum ejus rei certior factus permiserit servo res quasdam ad sollicitatorem perferre, quò eum in delicto deprehendat. Quibusdam visum est furti actionem non magis hoc casu competere quàm superiore: quia cui volenti furtum factum est, furti agere non potest. Aliis verò contra: quoniam voluntas ista non seria fuit, sed simulata, ut fur deprehenderetur. Simul illud quoque quæsitum: An suasor iste seu sollicitator in proposita hipothesi teneatur actione servi corrupti, quæ in duplum quanti ea res est, à Prætore proponitur adversùs eum, cujus persuasione servus corruptus aut deterior factus est; *l.* 1. *de serv. corrup.* Veteribus

bus placuit non teneri: quia Prætor de eo tantùm loquitur, à quo servus persuasus & corruptus est in proposito autem suasisse quidem sollicitatorem, pravumque consilium servo dedisse: at non persuasisse & fecisse deteriorem; proinde nec esse quod hic æstimari & duplari possit. Cæterùm Justinianus *l. si quis* 20. *C. hoc tit.* non attenta disputatione Veterum censuit: vel conatum tam improbum sollicitatoris puniendum esse, proque furto & corruptione habendum: nam etsi is conatus revera effectum non habuit; habuisse tamen opinione perniciosi suasoris, atque rem pessimi exempli; ut *hic d. l.* 20. latiùs disserit: Quantum igitur hoc casu judicio servi corrupti postulabitur? Quantum scilicet deberetur, si revera servus corruptus fuisset.

TEXTUS.

Quarum rerum furtum fit. De liberis hominibus.

9. *Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, subreptus fuerit.*

COMMENTARIUS.

SI filiusfam. subreptus palam est; patrem habere furti actionem, inquit *Vlp. l.* 14. *§. si filiusfam. hoc tit.* Cujus rei ratio ex jure antiquo Quiritium sumenda est, quo filius instar servi in patris manu, potestate, ac ditione erat; unde etiam liberi, qui in potestate sunt, vendicari potuerunt, hac adjecta clausula, *Ex lege Quiritium l.* 1. *§.* 2. *de rei vend.* Ob furtum igitur filiisfam. tripliciter agi poterit. Judicio criminali extra ordinem; *l. ult. h. t.* judicio publico legis Fabiæ de palgiariis; *l. ult. C. ad leg. Fab. de plag.* & civiliter in duplum aut quadruplum. Quoniam autem in libero homine nulla æstimatio corporis fieri potest; *l.* 1. *§. sed cum* 5. *de his qui effud.* multiplicabitur hic secundùm Interpp. id quod patris interest. Mater filii surrepti actionem non habet, quia nec in potestate eum habet; *leg. mater* 38. *hoc tit.* Sed ne patri datur condictio, utpotè quæ non nisi vero domino competit; *leg.* 38. *§.* 1.

TEXTUS.

De re propria.

10. *Aliquando etiam sua rei furtum quis committit; veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.*

NOTÆ.

10. *Quam creditori pignoris causa*] *L.* 12. *§.* 2. *d. l.* 19. *§. pen. L.* 79. *de furt.* Minùs autem propriè hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cum eatenus tantùm faciat, quatenus id, quod ea re creditoris est, intervertit. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. Paul. 2. *sent.* 31. Arist. 5. *Eth. ult.*

COMMENTARIUS.

QUi rem pignori dat, eamque surripit, furti actione creditori tenentur; *l. itaque* 12. *§.* 2. *l. in actione* 19. *§. pen. l. si debitor* 79. *l. creditor* 87. *hoc tit.* Furtum autem rei pignoratæ dominus non tantùm tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert: verùm & si eo tempore abstulerit, quo non possidebat; ut puta si rem pignoratam vendidit: nam & hic furtum eum facere, sæpissimè responsum est; *d. leg. in actione* 19. *§. ult. l. si is qui* 66. *in pr. eod. leg.* 6. *C. pro emp.* Cæterum minùs propriè hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cùm eatenus tantùm faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertere conatur. Rei enim nostræ furtum facere non possumus; *Paul.* 2. *sent.* 21. *Arist.* 5. *eth. ult.* Neque hæc species ad rigorem nostri temporis pertinet.

TEXTUS.

Qui tenentur furti. De eo cujus ope, consilio, furtum factum est.

11. *Interdum quoque furti tenetur, qui furtum non fecit; qualis est is, cujus ope & consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius raperet; aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc Veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam & non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Mavii Titius furtum fecerit; ambo furti tenentur. Ope & consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas fortè fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut scalas, ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cujus rei gratia commodaverit. Certè qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantùm consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.*

No-

NOTÆ.

11. *Vt alius eos raperet*] Dummodò & rapuerit: nam si nummi perierint, & ad neminem pervenerint; damni injuriæ actio datur; *d.l.* 27. §. 21. *ad leg. Aq.*

In factum actio dari debet] *d. leg.* 50. §. *ult.* prætoria scil. aut si pecora præcipitata sunt, in factum civilis, sive utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia; *d.l.* 27. §. 21. *ad leg. Aq. leg.* 51. *de furt.*

Vel ipsas fenestras, &c. *leg.* 50. §. *pen. l.* 54. §. *per. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Verba*, Ope Consilio, *separatim accipienda, an conjunctim.*

2 *Explicatur homonymia verbi* Consilium, *& effectus secundùm singula significata indicantur*, *& n.* 3.

NOnnumquam & ille furti tenetur, qui ipse furtum non fecit, id est, rem ipse non contrectavit; veluti is, cujus ope consilio, furtum factum est in quem prodita est hæc formula; *Ope, Consilio tuo, furtum factum esse ait*; *l. si servus* 27. §. *si quis* 21. *ad leg. Aquil.* Illud satis expeditum non est, verba hæc, *Ope, Consilio*, separatim accipienda sint, an conjunctim. Nam Paulus respondet: Separatim accipienda; idque convenienter sententiæ Labeonis, quòd aliud sit factum ejus, qui ope: aliud ejus, qui consilio furtum facit; *l. sæpè* 53. §. *ult. de verb. sign.* Idem quoque Ulpianus non obscurè indicat *l. si quis* 52. *in pr. &* §. *neque verba* 19. *hoc tit.* ibi, *Opem ferre, vel Consilium dare.* Et clariùs in *leg.* 6. *de condict. furt.* qui etiam alibi hæc sic distinguit: *Consilium*, inquit, *dare videtur, qui persuadet, & impellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum. Opem fert, qui ministerium atque adjutorium ad surripiendas res præbet*; *l. in furti* 50. §. *pen. hoc tit.* Secundùm quæ actione furti tenebitur non solùm cujus ope & consilio simul furtum factum est: sed etiam qui vel consilium tantùm dedit, vel tantùm opem tulit; *d. l.* 6. *de cond. furt.* Verùm ex adverso conjunctim potiùs utrumque factum accipiendum esse, neque alterum absq; altero furti quempiam obstringere, multis locis significari videtur; uti in *l. qui servo* 36. *in fin. pr. l. in furti* 50. §. 1. *hoc tit. l. si servus* 27. §. *si quis* 21. *ad leg. Aquil.* atque ab ipso adeò Paulo in *d. l. sæpe* 53. §. *ult. de verb. sign.* cum ait, post Veterum auctoritatem eò perventum esse, *Vt nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi & factum fuerit.* Denique hoc ipso loco in calce §. nostri, ait Imperator: Furti non teneri eum, qui tantùm consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum. Sic sentio: Utrumque factum seorsum ad obligationem furti sufficere; vel iniquum consilium dare; vel opem ferre: neque enim ex eo, quòd hæc verba, *Ope Consilio*, sæpè conjunctim proponuntur, aut in hypothesi utrumque factum concurrit, protinus sequi; furti non aliter agi posse, quàm si utrumque concurrat: neque ea aut Pauli in *d. l. sæpè*, aut Justiniani hoc §. sententia est, ut planum fiet explicata homonymia, quæ est in verbo *Consilium*, Triplex verò hujus verbi in re proposita usurpatio est. Nam aliquando generaliter verbo consilii significatur malitiosum propositũ seu animus dolosus: quo sensu nemo dici potest ope furtum facere sine consilio; *l. in furti* 50. §. 2. *l. si pignore* 45. §. *pen. h. t.* Verbi gratia, qui furi scalas commodavit, ignorans cujus rei gratia commodato peterentur, furti non tenetur: atque hoc est, quod sibi vult Jurisconsultus *d. l. sæpè in fin. de verb. sign.* Nonnumquam consilium usurpatur pro simplici suasione seu monitione; veluti si quis de paupertate conquerentem horretur, ut furto sibi pecuniam quærat: cujusmodi simplex consilium furti neminem obligat, quantumvis furtum secutum sit; quod significat Justinianus in fine hujus text. Tertiò consilium strictiùs accipitur, ut sit idem, quòd persuasio, impulsio, simulque instructio ad furtum faciendum; quale est, exempli causa, si quis furi rationem penetrandi in ædes, locumve, ubi pecunia reposita est, commonstret: in quo significatu consilium opponitur opere, quæ actum proximè ad furtum directum, auxiliumque, quod in ipso furto præstatur, designat; 2
d. l. in furti §. *pen.* Hæc consilii species, etsi nullum porrò ministerium seu opera accedat, consulentem obligat; utique si alter consilium datum secutus furtum commiserit: nam si ille relicto consilio à furto abstinuerit; verius est, nec eum, qui tale consilium dedit furti abstringi; *arg. l. qui servo* 26. *pr. d. l. si quis* 52. §. *neque* 19. *h. t. d. l. sæpè* §. 1. *in fin. de verb. sign.* quo loco (quod notandum est) Jurisconsultus primùm voce consilii intelligit malignum propositum & scientiam opem ferentis, mox persuasionem atque instructionem ad furtum faciendum; uti & in *pr. ejusd.* §. 1.

Qui sibi nummos excussit, &c.] *l. si quis* 52. §. *si quis* 13. *hoc tit.* Sabinus hoc casu etiam in factum dari posse actionem ait; *l. si servus* 27. §. *si quis* 21. *ad leg. Aquil.* Idem Sabinus apud Gellium *lib.* 11. *c.* 18. refert: Furem esse hominis judicatum, qui cùm fugitivus prætter oculos domini fortè iret, obtentu togæ tamquam se amiciens, ne videretur à domino, obstitisset.

Qui panno rubro] *l. in furti* 50. §. *ult. h. t.* Tauros & boves rubicundi coloris adspectu excitari & furorem eis acui; scribit Seneca *lib.* 3. *de ira.* Ovid. 12. *Metam.* eòque alludit Cicero *lib.* 2. *de divin.* cum quærit, an taurus is, cujus cor in sacrificio non erat inventum, conspecta Cæsaris purpura sic expaverit, & terrore examinatus sit, ut repentè cor amiserit.

Per lasciviam] Si quis non furti faciendi causa, sed per petulantiam quid eorum, quæ edicta sunt, fecerit: non actione furti, sed in factum tenetur; *d. l. in furt.* §. *ult.* Quòd si res ita perierit, ne ad aliquem perveniret; utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia datur. Neque hic distingui-tur,

tur furti faciendi animo, an per lasciviam quid factum fuerit; *l. si servus 27. §. si quis 21. ad leg. Aquil. nam & 51. hoc tit.*

Qui scalas fenestris supposuit] Qui vel ostium effregerit, vel ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium: vel scalam supposuerit; vel sciens commodaverit ad adscendendum, licèt nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit; tamen furti actione tenetur; *leg. si pignore 54. §. pen. hoc tit.*

Tantùm consilium dedit atque hortatus est] Quod ante diximus: Ob simplex consilium aut hortationem ad furtum faciendum furti actionem non dari, etiamsi furtum secutum fuerit; id verum esse, perspicuè ostendit hic noster textus; quem proinde malè nonnulli sic limitant, nisi furtum fuerit secutum. Nam si furtum secutum non sit, nec is, qui furem consilio instruxit, aut instrumenta ad furtum faciendum sciens commodavit, furti tenetur: quippè ubi nulla contractatio intervenit, furtum intelligi non potest. Hodie in universum mitiùs, quàm fures puniuntur quorum ope, consilio, furtum factum est. Neque enim in caput aut corpus eorum sævitur, nisi in ipso actu furandi auxilium furibus præstiterint; ut hic docent Interpretes.

TEXTUS.

De his, qui sunt in potestate. Et de ope ac consilio.

12. *Hi, qui in parentum, vel dominorum potestate sunt, si rem eis surripiunt; furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest antequàm in domini potestatem revertatur: sed furti actio non nascitur; quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. Si verò ope & consilio alterius furtum factum fuerit: quia utique furtum committitur; convenienter ille furti tenetur: quia verum est, ope & consilio ejus furtum factum esse.*

NOTÆ.

12. *Sed furti actio non nascitur*] Quia pater & dominus privatæ animadversionis jus habent; *l. 17. de furt.* vel quia non magis cum his, quos in potestate habemus, quàm nobiscum ipsi agere possumus; *leg. 16. eod.* nisi filius habeat castrense peculium; *leg. 4. de judic. leg. 52. §. 5. de furt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur servi & filii furtum nobis facientes furti non teneantur.*
2 *Quid si filius castrense peculium habens patri furtum fecerit, aut pater illi.*
3 *Furtorum domesticorum coërcitio vetus & hodierna.*

Servi & filii nostri furtum quidem nobis faciunt; ipsi autem furti non tenentur. Cujus rei duplex affertur ratio: tum quòd dominus & pater in servum & filium privatæ animadversionis jus habent; *leg. servi 17. hoc tit.* qua eadem ratione placet, nec libertum patrono, nec mercenarium patrif. furtum facientes actione furti conveniri posse; *leg. si libertus 89. eod.* tum quòd non magis cum his, quos in potestate habemus, quàm nobiscum ipsi agere possumus; *leg. nec cum 16. eod.* 1
Et domino quidem nulla unquam cum servo actio esse potest; at potest aliquando patri lis esse cum filio, quem in potestate habet: nempe si filius castrense habeat peculium, atque ex ea causa conveniatur; *leg. 4. de judic.* Quid ergo si filius castrense peculium habens furtum patri fecerit? 2
Defendi potest, utili actione eum teneri, cùm habeat, unde satisfaciat; *l. si quis 52. §. sed si 5. hoc tit.* Ex converso quoque si pater rem castrensis peculii filii subtraxerit, furti patrem teneri, responsum est; *d. l. 52. an autem 6.* quod tamen, ut rectè plerique monent, accipiendum erit de utili in factum actione: neque enim ulla actio famosa, qualis est furti, filio adversùs patrem datur; *l. 5. de obseq. par. præst.*

Nec ab ullo usucapi potest] Etsi ex causa furti à servo aut filio facti domino aut patri actio non conceditur: tamen quia furtum revera factum est, res vitio furti afficitur; ac proinde usucapi non potest, antequàm vitium purgetur; quod fit, cum in potestatem domini reversa est; *§. 2. & seq. sup. de us.*

Si verò ope & consilio] *l. qui servo 36. §. 1. h. t.* Et hoc quoque consequens est ei, quod dixit, verè in proposito furtum fieri. Pari ratione si quis uxori opes mariti subtrahenti opem consiliumve accommodaverit, furti tenetur, etsi illa non teneatur sed rerum amotarum; *d. l. si quis 52. pr. junct. l. 1. & 2. de act. rer. amot.* Furta domestica, puta famulorum aut mercenariorum, qui apud nos degunt, licèt graviorem pœnam, quàm alia mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi: tamen leges, præsertim si viliora sunt, publicè ea vindicari vetant; *leg. perspiciendum 11. §. 1. de pœn.* nimirum quoniam antiquitùs coercitio eorum permissa erat ipsi patrif. Sed quoniam privata illa emendatio hodie ab usu recessit; non minùs severè hæc, quàm cætera furta publicè nunc vindicanda censeo cum D. Tuldeno comm. hic c. 3. in fin. add. Groenevv. de l. abrogand. hic. 3

TEXTUS.

Quibus datur actio furti.

13. *Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licèt dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quàm si ejus intersit rem non perire.*

Com-

COMMENTARIUS.

1 *Temperatio regulæ à Justiniano hic traditæ.*
2 *Remotio eorum, quæ huic loco obstare videntur.*

DOcet hic Justinianus, cui competat actio furti; & primùm generaliter definit: Actionem hanc competere omnibus, quorum interest,
1 furtum factum non esse; mox quasi hoc amplians subjicit. Idem etiam obtinere, quamvis dominus non sit, cui res surrepta est; denique nec ipsi domino aliter furti actionem competere, quàm si ejus intersit rem salvam esse: quæ omnia indigent explicatione. Ad definitionem quod attinet, illa sic temperanda est: Si intersit ex honesta causa; *l. 10. cum seq. h. t.* Neque enim furti aut malæ fidei possessori, quamvis eorum intersit rem non surripi, actio furti datur; cùm nemo ex improbitate sua actionem consequi debeat; *l. itaque 12. §. 1. l. eum qui 14. §. 3. & 4. l. qui re 76. §. 1. eod.* Ab Ulpiano tamen unus casus profertur, quo fur furti agere potest; *l. qui vas 48. §. si ego 4. eod.* Illud in universum hic tenendum: sufficere an actionem furti, quod tunc interfuit, cùm furtum fieret; licèt eo tempore, quo agitur, non ampliùs intersit; ut docet Jurisconsultus *l. inter omnes 46. in pr. eod.* Quod verò addit Justinianus: *Licet dominus non*
2 *sit*; ei multa obstare videntur. Primùm quòd emptori, cui res non tradita est, actio furti denegatur solùm ob hoc, quòd dominus non est; *§. 3. sup. de empt. d. l. 14. in pr. junct. l. si vendidero 80. h. t.* cùm tamen constet, emptoris etiam hic interesse, quippe ad quem perfecta emptione, licèt res nondum tradita sit, omne damnum pertineat; *d. §. 3. empt.* Deinde etsi creditoris interest habere idoneum debitorem; scribit tamen Gajus: creditorem ob rem debitoris surreptam furti agere non posse, quamvis aliunde creditum servare nequeat; *l. interdum 49. h. t.* Denique traditum est: Nec eum, cui ex stipulatu vel testamento res aliqua debetur, ea surrepta, actionem furti habere, quamvis ejus intersit; *l. his cujus 85. in fin. eod.* Cæterum ad hæc respondemus: Quod dicitur actionem furti dari iis, quorum interest, etsi domini non sunt; id non pertinere ad omnes, quorum quolibet modo interest, rem salvam esse aut surripi: sed ad eos dumtaxat, quorum culpa res surrepta est, cùm eam ex voluntate domini suo periculo tenerent, veluti ex causa commodati, locati, pignorisve accepti; *d. l. 14. §. ampater 10. & multis seq. hoc tit.* Atque hoc perspicuè etiam docet Paulus *d. l. is cujus 85. in pr. eod.* Postremò quod Justinianus ait: nec domino actionem furti competere, nisi intersit rem non petire; in eo respicit ad casus jam dictos, & qui tractantur *§. proximò & seqq.* quibus scilicet dominus actionem ex contractu ad rem ejusve æstimationem consequendam adversùs alios habet. Nam extra hujusmodi casus solum dominium vicem obtinet ejus quod interest; ut ostendit *l. si vendidero 80. pr. hoc tit.* ubi venditori, re ante traditionem surrepta, actionem furti competere Papinianus scribit: quoniam ejus intersit duplici de causa; vel ideò quòd adhuc dominus est; vel quia ad præstandas actiones tenetur.

TEXTUS.

De pignore surrepto Creditori.

14. *Unde constat, creditorem de pignore surrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere, quàm in personam agere; adeò quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem surripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.*

NOTÆ.

14. *Pignori potius incumbere*] *l. 25. de reg. jur.* Unde etiam creditori actio furti competit, etiamsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *d. l. 12. §. ult.* adeòque licèt ipse debitor rem surripuerit; *§. 10. sup. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus de causis creditori in proposito actio furti detur: & quid intersit, adversùs dominum, an extraneum experiatur.*

IN numero eorum, quorum interest rem non surripi, & qui ex ea causa furti actionem habent, quamvis non sint domini, in primis creditor 1
est: non quidem si surrepta sit res quævis debitoris; sed si ea, quæ pignori data erat: nec refert, debitor ipse eam surripuerit, an extraneus; *l. itaque 12. §. ult. l. eum qui 14. §. 5. 6. & §. qualis 16. l. in actione 19. §. pen. & ult. l. interdum 49. hoc tit.* Duplici verò respectu ac ratione hic interest creditoris, actioque furti ei datur: tum quia ad rem, si culpa ejus surrepta est restituendam tenetur actione pignoratitia, *d. l. eum qui §. idem scribis 6.* tum quia etiamsi culpa ejus non intervenerit, tamen alia de causa adhuc ejus interest: quoniam expedit ei, pignori potiùs incumbere, quàm in personam agere; juxta *l. plus cautionis 25. de reg. jur.* Itaque creditori omnimodo furti actio competit, nimirum etsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit; *d. l. itaque §. ult.* eòque ampliùs licèt ipse debitor rem surripuerit; de quo dictum *sup. §. aliquando 10.* Quamvis autem in proposito creditori æquè adversùs dominum atque extraneum actio furti detur; tamen hoc interest, quòd creditori contra extraneum agenti duplatur æstimatio ipsius pignoris, agenti verò contra dominum summa pecuniæ debitæ cum usuris; *l. creditori 87. eod.* Item quod priore casu quicquid percepit creditor, debito imputare; & quod excedit, restituere teneatur: posteriore, quod ipse debitor furti actione præstitit, creditoris lucro cedat; *l. si pignoris 22. de pign. act. l. 12. §. 1. de distr. pign. l. creditor. 15. pr. hoc tit.*

TEX-

TEXTUS.

De re fulloni, vel sarcinatori, vel bon. fid. emptori surrepta.

15. Item si fullo pollienda curandave, aut sarcinator facienda vestimenta mercede certa constituta acceperit, eaque furto amiserit; ipse furti habet actionem, non dominus quia domini nihil interest eam rem non perire, cùm judicio locati à fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit. Sed & bonæ fidei emptori surreptare, quàm emerit quamvis dominus non sit, omnino competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni verò & sarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quàm si solvendo fuerint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint: Nam si solvendo non sint; tunc quia ab eis suum consequi non possit, ipsi domino furti competit actio: quia hoc casu ipsius interest, rem salvam esse. Idem est & si in parte solvendo fuerit fullo aut sarcinator.

COMMENTARIUS.

1 *Discrimen circa actionem furti inter fullonem & cæteros conductores, item creditorem.*
2 *Cur bonæ fidei emptoris dumtaxat hic fiat mentio.*

1 ETiam is, qui conduxit, furti actionem habet sed ita, si culpa ejus res surrepta sit; *l. eum qui 14. §. quod si 12. hoc tit.* nam tunc etiam conductoris interest rem non surripi, propterea quòd judicio locati tenetur in rei æstimationem: neque ut creditor restituere cogitur, quod actione furti consecutus est, *l. 6. loc.* At si sine culpa conductori res surripiatur, solus dominus actionem furti habet, utpotè cujus tunc solius interest, actione locati eo casu deficiente; *d. l. eum qui §. idem scribit. 6.* Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet; *§. seq. l. itaque 12. pr. eod.* id est, fullo furti actionem habet, etiam si sine culpa ejus res furto amissa sit, modò ne casu,
2 quem præcavere non poterat: nimirum fullo, non ut regulariter alii conductores levem tantùm culpam præstat; sed ut illi, qui operam offerunt, etiam levissimam, seu, ut nostri loquun- & culpam & diligentiam. De sartore idem habendum; repete quæ notavimus, *sup. ad §. pen. de locat.*

Bonæ fidei emptori surrepta, quam emerit] Atque emptam ab eo, quem dominum esse putabat, acceperit: nam antequàm res tradita est, furti actio emptori non competit; *d. l. 14. pr. h. t.* Consultò autem bonæ fidei emptoris tantùm hic fit mentio: quoniam ei, qui titulo lucrativo possidet, placet furti actionem non dari: cùm non ejus, qui lucrum facturus: sed qui damnum passurus est, interesse videatur; *leg. ejus rei 71. §. eodem.* Hinc igitur temperanda *d. leg. itaque §. 1. hoc tit.*

Omnino competit] In aliis est, *Omnimodò*; nempe sive solvendo sit bonæ fidei emptor; sive non sit; Cujac. Nam emptoris semper interest propter pretium, quod ei abest. In fullone autem & sartore id secus esse; mox docetur. Quanta igitur hic æstimatio facienda? Responsum est: Si dominus cum bonæ fidei emptore concurrat; emptori duplo, quanti ejus interest, æstimari, domino autem duplo, quanti res est; *l. furtivam 74. hoc tit.* Putarem autem, non concurrente domino emptori ipsius pretium rei duplari.

Non aliter, quàm si solvendo] Fulloni & sarcinatori cæterisque conductoribus actio furti non aliter competit, quàm si solvendo sint. Nam, ut Ulpianus ait, qui non habet quod perdat, ejus periculo nihil est: *d. l. itaque 12. eod.* Solvendo autem esse nemo intelligitur, nisi qui solidum solvere potest; *l. solvendo 114. de verb. sign.*

TEXTUS.

De re commodata.

16. Quæ de fullone & sarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res est, transferenda Veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam præstat; ita is quoq; qui commodatum utendi causa accepit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit: ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat; sive furti adversus eum, qui rem surripuit: & alterutra earum electa; dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem: sed siquidem furem elegerit; illum qui rem utendam accepit penitus liberari: sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit; ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem: eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem habere actionem. Ita tamen si dominus sciens rem esse surreptam adversùs eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem nescius & dubitans rem esse surreptam, apud eum commodati actionem instituerit: postea autem re cōperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem pervenire; tunc licentia ei concedatur & adversus furem venire, obstaculo nullo ei oppo-

opponendo: quoniam incertus constitutus movit adversus eum, qui rem utendam accepit, commodati actionem; nisi domino ab eo satisfactum fuerit: tunc etenim omnino furem à domino quidem furti actione liberari; suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit: quùm manifestissimum sit, etiamsi ab initio dominus actionem commodati instituerit ignorans rem esse surreptam, posteà autem hoc ei cognito, adversùs furem transierit; omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcumque causæ exitum dominus adversùs furem habuerit: eodem definitionem obtinente, sive in parte, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam acceperit.

Notæ.

16. *In nostris decisionibus*] Scriptæ sunt à Justiniano post priorem Codicis editionem 50. leges, quas decisiones appellavit, propterea quòd maximas quasque Veterum controversias dirimunt. Harum una est, quam hic significat, *leg. ult. C. de furt.* cujus hæc est summa. Dat in proposito Justinianus domino optionem, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere possit. Cæterùm electione semel facta, non liceat variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem, Electo fure; ut commodatario liberetur: commodatario electo; huic ut fur obnoxius fiat.

Rem esse surreptam] Cujac. *Rem non esse subreptam apud eum, commodati actionem*, &c. & ita legitur; *d. l. ult.*

Quemcumque exitum dominus habuerit] Id est, sive contra furem agens vicerit; sive victus sit, aut fur non fuerit solvendo. Th.

Commentarius.

HOc admisso: Furti actionem competere omnibus, quorum periculo res alienæ sunt; etiam commodatario surrepta re commodata eadem actio danda furti, quippè ad quem periculum illud vel magis pertinet, quàm ad creditorem pignoratitium aut simplicem conductorem; cùm hic culpam dumtaxat levem: ille etiam levissimã præstet; *l. 5. §. 2. commod. §. 2. sup. quib. mod. re contr. obligat.* Unde commodatarius in eadem causa cum fullone hic ponitur. Atque hoc etiam constanter à Veteribus traditum est; *d. l. 5. in fin. & 2. ll. seqq. commod. l. eum qui 14. §. si res 14. cum §. seq. hoc tit. l. si uxori 28. rer. amot.* quod tamen ab iis sic acceptum fuit, si commodatarius solvendo esset, *arg. l. itaque 12. pr. hoc tit.* Justiniano autem visum est: non debere commodatario, qui gratuitum usum habet, idem jus hic concedi, quod illis tribuitur, qui pro usu rei mercedem præstant, aut pro mercede operam. Cùmque inter Veteres non satis conveniret, an si furti tempore commodatarius solvendo esset, posteà verò fortunis exueretur, actio furti ad dominum migraret, nec ne, tum etiam utri danda foret actio, dominone, an commodatario, si hic ex parte tantùm solvendo esse comperiretur, hanc simul contentionem sustulit. Itaque optionem actionis dedit domino: ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere posset. Cæterùm electione semel facta, non liceret variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem: electo fure, ut commodatarius liberaretur: commodatario electo, huic ut fur obnoxius fieret, *l. ult. C. hoc tit.*

Textus.

De re deposita.

17. *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat; sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit: qua de causa, si res ei surrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id cujus interest rem salvam esse; furti agere non potest; sed furti actio domino competit.*

Notæ.

17. *Is apud quem res deposita*] Hic locus sumptus est ex Ulp. *l. 14. §. 3. de furt.*

Furti agere non potest] Nisi convenerit, ut culpam quoque præstet, *§. pen. tit. seq.* aut se deposito obtulerit, arg. *l. 1. §. 35. depos.*

Commentarius.

1 *Probatur D. Cujacii interpunctio leg. 2. §. 23. & 24. 1. bon. rapt.*

RE deposita surrepta placet, domino non depositario actionem furti dari, *l. eum qui 14. §. 3. hoc tit.* Et meritò placet: neque enim interest depositarii rem non surripi, qui præter fidem nihil præstat, *§. pen. sup. quib. mod. re cont. oblig.* Quòd si dolo ejus furtum factum sit, jam quidem ejus interest, quia tenetur actione depositi: sed nihilò magis actionem furti habet, quoniam nemo ex dolo & improbitate sua actionem consequitur, *leg. itaque 12. §. 1. d. l. eum qui §. 3. hoc tit.* Quid verò si convenerit, ut culpam quoque præstet: aut quid si deposito se obtulit, pretiumve depositionis quasi honorarium acceperit? Ratio juris postulare videtur, ut hic ipsi depositario actionem furti demus, eò quòd his casibus rem suo periculo teneat, *d. l. eum qui §. qualis 16. eodem §. furti 13. sup. eod.* cùmque id etiam satis manifestè evincat §. *pen. tit. seq.* omnino verum esse existimo, quod Cujac. ibi notat: locum Ulp. in *d. l. 2. §. & generaliter 23. & §. seq. 24. vi bon. rapt.* mendosum esse nimirum perperam principium *d. §. 24.* separari à fine §. præcedentis, cum

quo jungendum erat, & sic legendum: *Nam & furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, non quasi mercedem accepi:* hic demum novum §. inchoandum: *Vilius dicendum est &c.*

TEXTUS.

An impubes furti teneatur.

18. *In summa sciendum est: quæsitum esse: an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.*

NOTÆ.

18. *Si pubertati proximus*] Ætas pubertati proxima, uti doli capax est, ita & furandi & injuriæ faciendæ, pœnisque legum delicta vindicantium obnoxia; *l. 13. de furt. l. 111. de reg. jur. l. 13. §. 1. de dol. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil.* Gell. *lib. 11. ult.* infantes & infantiæ proximos innocentia consilii tueri debet.

COMMENTARIUS.

1 *Ex impuberibus solos pubertati proximos delicti & pœnæ capaces esse.*
2 *Quæ concurrere debeant, ut impuberes pœnam ex delicto sustineant.*
3 *Capite plectendos non esse, ne legibus de adulteriis teneri.*

1 Quod hic traditur, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furti obligetur; id de aliis quoque delictis & criminibus omnibus quæsitum est. Et quoniam maleficia ex voluntate & proposito delinquendi æstimantur; *l. qui injuriæ 53. hoc tit. cap. illud relatum 15. qu. 1.* non possunt videri delinquere, ac proinde nec pœnis legum delicta vindicantium obnoxii esse debent infantes; *leg. impuberem 23. hoc tit. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. infans 12. ad leg. Corn. de sicar. Clem. un. de homicid.* Sed nec infantiæ proximi: quippe hos non minùs, quàm infantes innocentia consilia tueri debet; *arg. §. pupillus 9. sup. de inut. stip. Gomez 3. resol. 1. num. 57.* quod certius apparebit ex sequentibus. Sed in ætatem
2 pubertati proximam uti dolus & culpa cadere potest; ita & impuberes, qui hujus ætatis sunt & doli capaces, delinquere possunt, & ad pœnam ex delictis obligantur: *hoc text. l. pupillum 111. de reg. jur. l. impuberem 23. hoc tit. leg. 2. §. ri bonorum 19. lib. 5. penult. ad leg. Aquil. l. excipiuntur 14. de sent. Silan. l. 3. §. 1. de sepulc. viol. ca. 1. C. de delict. puer.* Duo verò hæc concurrere debent, ut impuberes infantiam egressi ex delicto pœnam sustineant; ut non procul absint à pubertate; ut doli sint capaces: nam hoc ex illo non præsumitur; ut rectè docet Boer. in add. ad Decium in *l. ferè 108. de reg. jur.* Atque huc accommodari potest locus Apuleii *apol. 2.* ubi in hujusmodi pueros his verbis declamat: *Sed enim malitia præcoci puerum quis non adversetur atque oderit? cum vides velut monstrum quoddam prius robustum scelere quàm tempore, ante nocentem quàm potentem, viridi pueritia cana malitia? vel potius hoc magis noxium, quod cum venia perniciosus est: & nondum pœnæ, jam injuriæ sufficis.* Sed & delictum tale esse debet, quod in facto, non in omissione aut nuda negligentia consistat *l. 2. C. si adv. del. Gomez de resol. n. 59.* item quod jus commune seu naturale violet, non merum civile aut positivum; *cap. 2. C. de del. puer.* Postremò ut hæc concurrant; tamen puerum pœna capitali, quamvis grave crimen admiserit, plectendum non esse, sed miriore, quæ intra supplicium 3
mortis consistat; censent Interpretes, *Gomez d. loc. n. 63.* quippe mobilem adhuc & incerti tenoris animum non nisi in emendatione puniri debere; ac proinde etiam sine amputatione membri; *Clar. §. ult. quæst. 60.* Quamquam alii judicis arbitrio hoc committunt: quod in adultis minoribus 25. annis faciliùs admiserim; per *l. auxilium 37. §. 1. de minor. Gomez d. loc. n. 61. & seq.* Illud generaliter tenendum: impuberem quantumvis pubertati proximum non teneri legibus, quæ adulteria aut stupra, aliave carnis delicta puniunt; *l. si minor. 36. ad leg. Jul. de adult. Gomez d. resolut. nu. 59.* ubi refellit eos, qui excipiunt impuberem præcoci in Venerem vigore. Quod enim Canones circa matrimonium favorabiliter constituerunt *cap. fin. de despons. impuber.* id transferendum non esse ad exacerbandas pœnas juris civilis; *add. D. Tulden. in C. si adv. del. & comm. hic cap. 6.*

TEXTUS.

Quid veniat in hanc actionem? Et de affinibus actionibus.

19. *Furti actio, sive dupli sive quadrupli, tantum ad pœnæ persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed rei vendicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet. Condictio autem adversus furem ipsum hæredemve ejus, licèt non possideat, competit.*

NOTÆ.

19. *Tantùm ad pœnæ persecutionem*] §. 18. *inf. de act. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Potest & criminaliter furti agi ad pœnam corporalem furti infligendam; *l. ult. de furt.*

Extrinsecus] Id est, *aliunde*. Furti actio pœnam persequitur legitimam; condictio rem ipsam quæ res facit, ut altera alteram non consumat; *l. 7. §. 1. de cond. furt.*

Furem

Furem hæredemve ejus] Quia condictio furtiva rei habet persecutionem; *l. 7. §. 2. de cond. furt.* At furti actio in hæredem non datur, quia pœnalis est ex maleficio: cujusmodi actiones in hæredem non dantur, nisi lis cum defuncto contestata fuerit; §. 1. *inf. de perp. & temp. act.*

COMMENTARIUS.

1 *An furti actio civilis concurrat cum criminali.*
2 *Vendicatio & condictio rei furtivæ cur soli domino competant.*
3 *Adversus quos hæ actiones dentur.*
4 *Cur condictio in hæredem detur; cùm actio furti non detur.*
5 *An hæres condictione furtiva teneatur in solidum.*

1 Actio furti sive manifesti nec manifesti merè pœnalis est, id est, solius pœnæ persecutionem continet: itaut in extra duplum aut quadruplum adhuc res ipsa restituenda sit; §. *ex maleficiis 18. inf. de action.* Estque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodita; vendicatio; & condictio: quarum altera quidem alterius electione consumitur, sed neutra earum consumitur per actionem furti; receptaque re nihilominus salva est furti actio; *leg. si pignore 54. §. cum furti 2. hoc tit. leg. 7. §. 1. de condict. furti.* Illud quæritur: An is, qui furti civiliter egit, & pœnam consecutus est, posset adhuc extra ordinem criminaliter agere ad pœnam corporalem furi infligendam. Et verius est non posse, sed altero judicio alterum consumi; *leg. interdum 56. §. 1. hoc tit.* Neque obstat *lex unic. Cod. quand. civil. action. crimin. præjud.* Nam regula *de leg. unic.* pertinet ad actiones civiles rei persecutorias, cum quibus ex eodem facto criminales concurrunt: item ad publica judicia, quæ omnibus patent, & concurrunt cum ex eodem facto pœnalibus civilibus; *vid. Cujac. 20. observ. 26. Besold. ad tit. de fur. quæst. 7. diss. Gomez. 3. resol. 5. n. 4. add. Christ. vol. 4. dec. 201.* Illud certum est, pœnam corporalem non impedire, quominùs fur hæresve ejus ad rem restituendam efficaciter conveniri possint; *Besol. d. qu. 7.*

Habet dominus] Furti actio datur, omnibus, quorum interest furtum factum non esse; §. *furt. 13. sup.* At rei furtivæ persecutio soli domino competit, sive de vindicatione quæratur; sive de condictione furtiva: nam & hæc ut illa jure dominii dumtaxat datur; *d. §. ex maleficiis 18. inf. de action. l. 1. leg. 10. §. ult. de condict. furt.* Quòd solus dominus rem surreptam vindicare potest; mirum non est, cùm nemo actionem in rem habeat, nisi
2 qui dominus sit; *l. in rem. 23 de rei vend. l. act. 25. de obl. & act. §. 1. infr. de act.* Quod autem domino adversùs furem datur etiam condictio rei; id contra rationem juris receptum est odio furum. Nam regulariter suam rem nemo condicere potest; *l. ult. in fin. usufr. quem cau. §. itaque 14. inf. de action.* Sed cur non datur ei, cujus interest, si dominus non sit? Quoniam ejus solius est rem repetere, cujus ea prius fuit. Non fuit autem nisi domini.

Rei vendicatio adversùs possessorem] Quemcumque, sive fur sit, qui possideat, sive alius nam in rem actio semper adversùs eum est, qui rem possidet; *leg. actionum 25. de obligat. & action. §. 1. inf. de action.*

Adversùs furem] Condictione furtiva num-
quàm alius tenetur, quàm fur ipse hæresve ejus; 3
hoc text. l. 5. de cond. fur. Furem autem verum accipimus, id est, eum, qui ipse furtum fecit & rem contrectavit; *d. l. 5.* nam is, cujus ope consilióve furtum factum est, tenetur quidem etiam furti, sed quia rem non contrectavit, non tenetur condictione; *l. 6. de condict. furt.* Planè si res aliter adversùs furem salva esse non potest; placet, etiam eum, qui opem tulit, condictione teneri, nimirum in subsidium; *l. sæpè 53. §. ult. de verb. sign. & ibi Alciat.*

Hæredem ejus, licèt non possideat] Rei vendicatio adversùs omnes competit, qui rem possident; sed adversùs eos solos. Itaque nec adversùs furem hæredemve ejus aliter competit, quàm si
possideant. Condictio autem furtiva etiam in 4
eum datur, qui non possidet, sed adversùs furem tantùm hæredemve ejus; *hoc tex. leg. 1. de cond. furt. leg. 1. de priv. delict.* Quòd condictio etiam in hæredem furis datur, in eo quoque differt ab actione furti, quam constat in hæredem non transire, nisi lis cum defuncto contestata sit; §. 1. *infra de perp. & tempor. action.* Cur verò tam variè? neque enim minùs condictio rei furtivæ ex caussa maleficii descendit, quàm actio furti; *l. 2. l. 3. nu. 5. & leg. 9. de cond. furt. leg. si ambo 10. §. 2. de compens. leg. 3. §. pen. de pecul. l. mulier. 21. §. pen. de act. rer. am. l. cessat. 26. de oblig. & action.* Nimirum quia una rei persecutoria est; altera pœnalis; id est, quia condictio furtiva tantùm comparata est ad persequendum id, quod ex patrimonio nobis abest; furti actio ad puniendum ipsum maleficium; *leg. 7. §. 2. de cond. furt. junct. d. §. 1. inf. de perp. & temp. action.* Sic enim legis Aquiliæ actio negatur in hæredem transire: non quia ex delicto est; sed quia pœnalis, transitura utique si ultra damnum datum lis numquam æstimaretur; §. *his autem 9. inf. de leg. Aquil.* Estque hu-
jus rei etiam evidens hoc argumentum: quòd re- 5
gula de actionibus, quæ in hæredem non dantur concepta est de iis, quæ pœnales sunt ex maleficio; *d. §. 1. inf. de perp. & temp. action. l. hæc actio 13. de serv. corr. l. 1. de priv. del. leg. sicuti 38. l. pœnalia 164. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur. & simil.* An igitur condictione ex caussa furtiva tenebitur hæres furis in solidum? Sic sentio. Nam præterquàm quòd hoc disertè responsum est in *leg. 9. de cond. furt.* moveor, eò quòd numquam actio in hæredem absolutè dari dicitur, cum non datur in solidum, cum autem eatenus tantùm datur, quatenus ad eum pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur, *d. §. 1. inf. de perp. & temp. d. §. his autem 9. inf. de leg. Aquil. l. 5. de calumn. l. 1. in fin. l. 3. de vi. l. in hæredem 16.*

de dol. l. 1. de priv. del. 2. §. ult. ut bon. rap. l. Iulian. 16. de jud. l. 13. de serv. corr. l. 9. §. 1. quod fals. tut. l. inde Neratius 23. §. hanc acti. 8. ad l. Aquil. l. 3. §. penult. si mens. fals. mod. l. in honorarius 35. de oblig. & act. l. sicuti 38. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur. & sexcentis aliis locis. Dicitur sanè: Aliquando actiones ex delicto venientes in heredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur, pœnales, ut in *l. un. C. ex del. defunct.* Sed istæ definitiones, utpotè ex eo quod plurimum & ferè semper fit, conceptæ, sic accipiendæ sunt: si agatur de eo, quod defunctus deliquit, sive ad pœnam: atque hæc communis est DD. sententia, *Dissent. Cujac. 7. observ. 37. & 13. obs. 39. Vultei hic, Lyciam. 1. memb. 18. & lib. benedict. passim.* Quorum argumentis occurrimus sub §. 1. *inf. de perpet. & temp. action. Adde Ant. Fabr. 4. conject. 1. Donel. ad d. leg. un. C. ex. del. defunct.*

TITULUS II.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

Dig. Lib. 47. Tit. 8. C. Lib. 9. Tit. 3.

Continuatio. Violentiæ varia genera; & de qua hìc agitur.

SEcunda species delicti privati rapina dicitur; inter quam & furtum hoc interest: quòd furtum est clandestina rei alienæ ablatio, rapina violenta. Est verò hoc crimen tantò gravius furto, quantò vis magis est adversùs bonos mores, magisque turbat quietem publicam, quàm clandestina rerum amotio. Qua de causa etiam legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, videlicet lege Julia de vi publica & lege Julia de vi privata *leg. 2. §. 1. hoc tit.* Inscribitur hic titulus *De vi bonorum raptorum*. Subaudi *actione*. Quod in quibusdam libris etiam exprimitur. Sciendum autem est: neque vim omnem unius esse generis, neque uno coerceri modo. Interpretes vulgò quintuplicem eam faciunt, turbativam inquietativam, compulsivam, expulsivam & ablativam. Nos iniquietativam, quam vocant, sub turbativa compr hendimus. Turbativa est cum possessor in possessione manens impeditur re sua liberè uti, sive id fiat manu & corpore, sive opere facto: illic adversùs turbantem comparata sunt interdicta duo, *Uti possidetis* in rebus soli, *Utrubi* in rebus mobilibus: hic interdictum: *Quod vi aut clam.* Compulsiva vis est, cum quis minis justoque metu illato alium compellit ad aliquid gerendum, tradendum, aut alienandum: quæ vis edicto *Quod metus causa* coercetur. Expulsiva est cum quis de possessione alicujus rei dejicitur: adversùs quam comparatum est interdictum *Unde vi*. Et præterea vindicatur hæc vis etiam sacris Constitutionibus; item legibus Juliis de vi publica & privata; *§. recuperandæ 6. inf. de interd.* Ablativa vis (de qua hic agitur) est quando per vim alicui res eripitur: quæ & ipsa iisdem legibus quibus expulsiva coercetur; *d. l. 2. §. 1. h. t.* & præterea ei, cui res erepta est, privata actio proposita vi bonorum raptorum: quæ sola hujus loci. Justinianus primùm originem hujus actionis commemorat: deinde quid in eam veniat; adversùs quos; & quibus detur ostendit.

TEXTUS.

Origo hujus actionis, & quid in eam veniat.

Qui vires alienas rapit; tenetur quidem etiam furti: (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quàm qui vi rapit? ideòque rectè dictum est, Eum improbum furem esse) sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine Prætor introduxit, quæ appellatur Vi bonorum raptorum: *& est intra annum quadrupli; post annum simpli. Quæ actio utilis est, etiamsi quis unam rem licèt minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est, sicut in actione furti manifesti diximus: sed in quadruplo inest & rei persecutio; ut pœna tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset, levioris conditionis esse eum, qui vi rapit, quàm vi clam amovet.*

NOTÆ.

Qui res alienas rapit] Fur sine vi subtrahit, & clam aufert; *l. 59. de furt. l. 9. Cod. eod.* raptor vi & palam deripit. Rapi enim sine vi non potest; *l. 3. §. 5. de incend. ruin.* Plaut. Epid. *act. 1. scen. 1.* Th. *Minùs jam furtificus sum quàm ante hac.* Ep. *Quid ita?* Th. *Rapio propalam.*

Tenetur etiam furti] Et quidem etiam in quadruplum, si in ipso delicto deprehensus sit; *leg. 52. §. ult. leg. 80. §. 3. de furt.* Aliàs in duplum; *l. 1. l. 88. eod.* quamquam vi bon. rapt. semper in quadruplum.

Inest rei persecutio] Itaque non est merè pœnalis ut actio furti, sed mixta; *§. 19. inf. de act.*

Ridiculum &c. levioris conditionis &c.] Gratioris

viotis enim delicti asperior pœna esse debet. Sed & legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, legibusi Juliis de vi publica & privata; *d. l. 2. §. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *An furti actione electa servetur eadem distinctio in rapina & pœna rapinæ, quæ in furto.*

2 *Quando levius ducitur, quod palam, quàm quod clam committitur.*

QVi vi res alienas rapit] Fur sine vi subtrahit & clam aufert: raptor vi & palam eripit; *leg. 3. §. aliud 5. de incend. ruin. naufr. Plaut. Epid. actu. 1. scen. 1. Th. minus jam furtificus sum quàm antehac. Epid. Quid ita? Rh. Rapio propalam.*

Tenetur etiam furti] An igitur furti actione
1 electa, eadem distinctio & in rapina & in pœna rapinæ servabitur, quæ in furto in specie sic dicto: ut scilicet raptor manifestus, seu in ipso delicto deprehensus, quadrupli nec manifestus dupli pœnam sustineat? Id quidem & ratio suadet, & satis perspicuè significari mihi videtur in *leg. si quis 52. §. ultim. leg. si vendidero 80. §. cum raptor. 3. de furt.* & denique ex eo evincitur, quod hoc loco, & *l. 2. §. cæterum 10. & §. p. ult. hoc tit.* simpliciter traditum est. Eum, qui vi rem alienam rapuit, etiam furti teneri. Quod autem in *leg. 1. hoc tit. & l. si quis egerit 88. de furt.* tantùm mentio fiat actionis furti nec manifesti; ex eo non protinus concludendum est, furti manifesti cum raptore numquam agi posse. Nam vel ideò id factum dici potest: quoniam furti nec manifesti actio semper competit, etiam adversùs raptorem manifestarium, (nemo enim prohibetur experiri actione mitiore) vel quia in sola furti nec manifesti actione locum habet, quod illic docent Jurisconsulti, Si quis in duplum egerit, ei adhuc superesse actionem vi bonorum raptorum in id, quod in hac amplius est. Sunt qui putant: cum raptore ut cum fure manifesto semper in quadruplum agi posse; quasi raptor non possit non esse manifestarius. Quod refellit *leg. si quis 52. §. ult. de furt.* ubi Jurisconsultus & exemplum proponit raptoris non deprehensi; videlicet si quis rapuerit ex ædibus in quibus nemo erat: & cum de bonis quidem raptis in quadruplum posse conveniri scribit: sed furti non, nisi nec manifesti. Sed nec conspectio furem aut raptorem manifestum facit, verùm apprehensio, aut ad apprehendendum concursio & acclamatio; *l. 3. leg. 7. §. 1. & 2. de furt.*

2 *Improbum furem esse*] Id est ἀναιδῆ, ἀναισχυντον impudentem, audacem, atrocem. Chrysostom. *in Matth. hom 53.* τοῦ δὲ κλέπτοντος ὁ ἁρπάζων χείρων. Et sanè is qui rapit fur est improbior atque impudentior, quàm qui clam amovet: cùm hic celet suum delictum; ille publicet, & crimen etiam publicum admittat; *l. 1. §. cæterum 10. §. si in re depesita 24. h. t.* Quamquam aliud judicium Aristoteli *in Rhetor. ad Alex. cap. 12.* ubi hæc legimus: δεινότερόν μοι δοκοῦσιν οἱ κλέπτοντες τῶν λῃζομένων ποιεῖν, οἱ μὲν γὰρ λανθάνοντες, οἱ δὲ φανερῶς τὰ χρήματα ἀφαιροῦντες.

Propriam actionem] Etiam speciali edicto contra ea, quæ vi committuntur, Prætor consuluit; *d. l. 2. §. 1.* scilicet ut innotesceret, Prætorem quoque curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum: cum ut raptores pluribus actionibus conveniri possint; *arg. l. §. 1. naut. caup. stab. junct. §. itaque, inf. de action.*

Intra annum quadrupli] *d. leg. §. in hac actione 13.* Nimirùm actio hæc honoraria est, & ideò ut cæteræ ejusdem generis pœnales anno finitur; *l. in honorariis 35. de obl. & act.* speciale enim est, quòd actio furti manifesti, quæ & ipsa ex Prætoris jurisdictione proficiscitur, perpetuò competit: vide *inf. tit. de perp. & temp. act.*

Vnam rem licèt minimam] *d. l. 2. §. vel cujus tt.* Quippè non rei aut æstimationis pecuniariæ, sed atrocitatis facti ratio dicitur. Cur ergo ob rem modicam non placet dari actionem de dolo; *l. 9. §. ult. cum 2. l. seq. de dolo?* Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium est, comparatum ad rescindendum, quod jure civili ratum est; non putavit Prætor, ob rem minimam contractum jure validum rescindi debere.

In quadruplo inest & rei persecutio] Actio vi bonorum raptorum in quadruplum à Prætore proposita non est mera pœnalis; sed mixta quippe in quadruplo etiam ipsius rei persecutio continetur, ut pœna tantùm sit tripli *§. vi autem 19. inf. de action.* In quo distat hæc actio ab actione furti, quæ tantùm pœnæ persequendę causa comparata est; sive manifesti agatur in quadruplum; sive nec manifesti in duplum, *§. ex maleficiis 18. inf. de action. §. ult. tit. præc.*

Sive comprehendatur raptor, &c.] His verbis Imp. perspicuè duo genera raptorum facit; ut alii sint manifesti; alii non manifesti: uti & Ulp. in *l. si quis 52. §. ult. de furt.* Cæterùm in hac actione pœna pro qualitate rapinæ non variatur: sicut in actione furti alia pœna est manifesti; alia non manifesti; sed in omnes raptores pœna est eadem.

Ridiculum est] Atqui raptor tantùm triplo multatur; fur manifestus quadruplo. Præterea actio de bonis raptis annua est; furti perpetua. Resp. Sufficit ad defensionem hujus loci, quòd raptores in delicto comprehensi eadem etiam actione teneantur qua fures manifestarii; ex causa autem delicti non manifesti graviùs semper puniantur raptores, quàm fures.

Qui vi rapit, quàm qui clam amovet] Eadem ratione Jurisconsultus in *l. 2. §. si in re 24. hoc tit.* furem cum raptore conferens factum furis extenuat; raptoris exaggerat: quoniam scilicet fur celat suum delictum; raptor publicat: quæ impudentia crimen auget. Quod autem aliquando levius ducitur quod palam committitur, quàm quod clam; id tunc locum habet, cum factum clandestinum, vel plus flagitii, vel plus periculi

habet, vel conscientiam doli magis arguit; ut in specie *l. ult. de rit. nup. & l. non existimo 54. de adm. tut.* quod hic dici nequit.

TEXTUS.

Adversùs quos datur.

1. *Ita tamen competit hac actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens juris eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre à possessoribus; absolvi debet. Cui scilicet conveniens est; nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impunè suam exerceant avaritiam; meliùs Divalibus Constitutionibus pro hac parte prospectum est: ut nemini liceat vi rapere vel rem mobilem, vel se moventem, licèt suam eamdem rem existimet. Sed si quis contra statuta Principum fecerit; rei quidem suæ dominio cadere; sin autem aliena res sit; post restitutionem ejus etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, Constitutiones obtinere censuerunt; sed etiam in invasionibus, quæ circa res soli fiunt; ut ex hac causa ab omni rapina homines abstineant.*

NOTÆ.

1. *Rei suæ dominio cadit*] Qui rebus suis manum injicit; dominium earum amittit. Qui rebus alienis; duplum restituere cogitur. Creditor qui rem debitoris sibi debitam occupat; jus crediti amittit; *l. 13. quod met. ca.*

COMMENTARIUS.

1 *Quâ pœna afficiantur, qui sine dolo malo rem rapiunt, aut invadunt.*

2 *Pœnam rapinæ, quæ privatis applicatur, exolevisse; & an non etiam aliæ, de quibus hoc agitur.*

QUemadmodum furti nemo tenetur, nisi qui quid amovit dolo malo, & lucri faciendi causa; ita nemo tenetur vi bonorum raptorum, nisi qui dolo malo rapuit. Proinde si quis, cùm crederet se rei dominum esse, eam per vim possessori eripuerit, existimans licere domino quovis modo rem suam à possessoribus auferre; hoc judicio de vi bonis raptis non tenetur; *l. 2. §. hac actione 18. hoc tit.* sed nec furti tenetur; *hoc text.* Cæterùm aliis pœnis obnoxius est; ut statim audiemus.

Imprudentia juris] Secundùm hoc explicandum est, quod Jurisconsultus in *d. leg. 2. §. hac actione*, simpliciter scribit: Si quis suam rem rapuit, vi bonorum raptorum non teneri; nempe si id sibi licere crediderit: errans in jure: nam à dolo quævis vel fatua causa excusat; *Gloss. Bart. Ias. & DD. in l. unic. si quis jus dic. non obtemp.*

Sed ne dum talia excogitantur] Benè ac prudenter constitutum est, ut sine vi & tumultu cives cum civibus contendant, nihil manu, nihil propr o agant impulsu: sed si quis putet se habere aliquas petitiones: ut actionibus, non vi experiatur, & per judicem quod suum esse dicit reposcat. Nam si cuivis privato permittitur, id quod suum esse, aut sibi deberi putat, vi & auctoritate propria occupare, in eoque sibi jus dicere, vincula quietis publicæ dirumpi necesse est, civesque ad rixam & arma quotidie procedere; *leg. non est 176. de reg. jur.* Itaque etsi is, qui sine dolo rem rapuit suam esse putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum; aliter tamen eum multari placuit: & siquidem dominus fuit; dominio rei suæ cadere: si non fuit dominus; post restitutionem rei etiam æstimationem ejus vim passo præstare *hoc text.* 1

Creditor, qui rem debitoris negl cto juris ordine temerè occupat, jus crediti amittit; *leg. extat. 13. quod met. caus. leg. pen. ad leg. Iul. de vi privat.* atque hic insuper etiam vi bonorum raptorum; *leg. 3. Cod. tit.* & publico judicio legis Juliæ de vi privata tenetur; *leg. ult. ad leg. Iul. de vi priv.*

In invasionibus] *l. si quis 7. C. unde vi.* Solæ res mobiles amoveri, subtrahi; rapi possunt: qui autem rem immobilem seu prædium vi occupat; invasor & invadere dicitur. Pœna rapinæ legitima, quæ privatis adscribitur, exolevit, sicut & furti, cujus qualificati rapina est species. Nunc enim tantùm criminaliter rapinæ agitur ad vindictam publicam, & enormior violenta etiam morte punitur. De pœna *l. si quis in tantùm 7. C. unde vi*, & similium rescriptorum inter Interpretes non convenit. Nam eam communi totius Christiani orbis usu antiquatam esse testatur *Covarr. 3. resol. 16. n. 7. post Specul. tit. de restit. spol. §. 1. & Gulielm. Benedict. in cap. Raynutius, C. de testam. Gutier pract. quæst. lib. 1. quæst. 77.* Sarmientus quoque *2. select. interp. 13. n. 7.* refert; Se numquam vidisse pœnam illius legis practicari, aut remedium illud intendi. Contrarium tradit Menoch. *recup. poss. remed. 9. n. 9.* qui censet: In praxi eam dispositionem omnino servandam esse: neque enim solo non usu leges abrogari. Sanè in foro nostro etsi nemo est, qui de contrario usu testetur; tamen plerique arbitrantur, rigorem talium Constitutionum sectæ & praxi nostrorum temporum non convenire; quod etiam notat *Christ. vol. 1. dec. 15. n. 19. & Groenev. de leg. abrog. hic.* 2

TEX-

TEXTUS.

Quibus datur.

1. *Sanè in hac actione non utique expectatur rem in bonis actoris esse. Nam sive in bonis sit, sive non: si tamen ex bonis sit, locum hac actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive etiam pignorata, sive deposita sit res apud Titium sic, ut intersit ejus eam rem per vim non auferri; (veluti si in deposita re culpam quoque promisit) sive bona fide possideat, sive usumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut intersit ejus non rapi; dicendum est ei: competere hanc actionem, non ut dominium accipiat, sed illud solum, quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, id est, quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est: ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis omnes hanc habere actionem.*

NOTÆ.

1. *Sive deposita*, &c. *sic ut intersit*] Locus Ulp. in *d. leg.* 2. §. 23. & 24. *eod.* malè interpunctus est, perperamque principium §. 24. separatur à fine §. præcedentis. Sic enim omnino legendum: *Nam & furti actionem habet, si in re deposita culpam quoque repromisit, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepit.* Hinc demum novus §. inchoandus. *Utilius dicendum est*, &c. Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Ex bonis esse quæ hic dicantur.*

2 *Explicatur locus obscurus Ulpiani.*

Vi bonorum raptorum is agit, qui in eum, qui clam amovit, furti agere potest; id est, is cujus interest: neque solùm dominus rei, qui eam in bonis habuit; sed etiam bonæ fidei possessor, fructuarius, commodatarius, creditor, conductor & interdum depositarius, si videlicet culpam quoque in re deposita repromisit. Horum omnium interest rem, quam tenent aut possident, non rapi: quoniam vel commodum ex re capiunt vel eam salvam & incolumnem præstare debent; *l. 2. §. in hac actione 22. hoc tit. junct. §. furti 13. & 2. seq. tit. præc.*

1 *Sive ex bonis*] Ex bonis esse hic ea dicuntur, quorum, cùm aliena sint, vel emolumentum, vel usus, vel periculum ad nos pertinet; *ut ex text. & d. l. 2. §. 22.* In bonis ea, quæ jure civili aut gentium ita bonis acquisita sunt, ut ea alienare possimus: alibi hæc verba: *In bonis*, latiùs accipiuntur *l. bonorum 49. de verb. signif. & rem in bonis 52. de acq. rer. dom.* Nonnumquam promiscuè utrumque dicitur & idem valet, In bonis, & ex bonis, *l. 1. de usufr. leg.*

2 *Non ut dominium accipiat*, &c.] Obscura est hujus loci sententia. Apud Ulp. *l. 1. §. in hac actione 22. hoc tit.* unde totus hic §. descriptus est, sic legitur: *Dicendum est mihi competere hanc actionem: non ut dominium accipiamus: sed illud solùm ex bonis meis, hoc est, ex substantia mea res ablata esse proponatur.* Quorum verborum hic sensus esse videtur: Competere mihi, cujus ex bonis res est, actionem vi bonorum raptorum; non utique ut jure dominii agere possim: sed tantùm ut proponam, ex substantia mea rem ablatam esse; verbo substantiæ largiùs accepto, quasi ex bonis meis etiam illud ablatum videatur, cujus æstimationem domino præstare debeo.

TITULUS III.

DE LEGE AQUILIA.

Dig. Lib. 9. Tit. 2. C. Lib. 3. Tit. 35.

Continuatio, & summa tituli.

Tertia species delicti, ex quo civilis actio oritur, est damnum injuria datum. Damnum generaliter significat omnem detractionem & deminutionem rei alienæ; sive illa lucri causâ fiat, sive nullius lucri gratia: & sive salvis rebus, sive peremptis aut corruptis. Nam damnum ab ademptione & quasi deminutione matrimonii dictum est, *l. 3. de damn. inf.* Hoc autem loco damnum in specie accipitur pro eo quod contingit cum interitu aut corruptione rei; & proinde sine lucro damnum dantis puta si quis servum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit aut vulneraverit, aut quid alienum usserit, ruperit, fregerit injuria, seu non jure: aut, quod idem valet, culpa; §. 2. & 3. *inf.* Atque hoc damnum est, quod vindicatur lege Aquilia; cujus legis tria capita fuerunt: quorum primum & postremum hoc titulo explicantur; secundum in desuetudinem abiit.

TEXTUS.

Summa. Caput primum.

Damni injuria actio constituitur per legem Aquiliam; ejus primo capite cautum esse: ut si quis

si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria occiderit; quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantùm domino dare damnetur.

NOTÆ.

Damni injuriæ] Damnum generaliter significat omnem deminutionem rei alienæ; &c. *l. 3. de damn. inf.* Hoc autem loco in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei; & proinde sine lucro damnum dantis.

Quadrupedem, quæ pecudum numero] Lex igitur Aquilia servis exæquat quadrupedes, quæ pecudum numero sunt; *leg. 2. §. 2. eod.* Quamobrem in *pr. d. l. 2.* pro *Quadrupedem vel Pecudem*, legendum est, *Quadrupedemve pecud.* Hotom.

Tantum domino dare] *d. l. 2. pr.* In lege Aquilia videtur scriptum fuisse; *Tantum æs dare ero damnas esto arg. l. 11. §. 6. eod. ero* tenuiter, id est, *domino* ut in Florent. & Gloss. Græc. Latin ἀναιτίως. Cujac. 27. *ob.* 11.

COMMENTARIUS.

1 *Si liber homo occisus sit, & de damno sarciendo agatur, quid juris, & potissimùm hodie.*

D*Amni injuriæ*] Legendum videtur, *Damni injuria; l. impuberem 23. de furt. l. si servus 27. §. si fur. nu. 10. & seq. l. quemadmodum 19. §. item Labeo 3. hoc tit.* Cic. pro Q. Rosc. *Lite contestata, judicio damni injuria constituto.* Præcisè videlicet, pro, *Damni injuria dati.* Haud scio tamen, an posteriores Jurisconsulti Græci homines damni injuriæ dixerint in genitivo pro Ex injuria; ut cum dicimus, damnum incendii vel naufragii, pro incendio vel naufragio.

1 *Alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero*] Primùm legis caput animalia pretiosiora, hoc est, ad rationem rei familiaris magis utilia ac fructuosa complectitur servis exæquans quadrupedes, quæ pecudum numero sunt: & tantùm ad damnum gravius, id est, ex cæde datum pertinet; *l. 2. hoc tit.* Occiso homine libero, non agitur ex lege Aquilia, quia liberi corporis nulla est æstimatio: sed legi Corneliæ locus est, si dolo occisus: si culpa pœna lenitur, *l. 1. §. 3. de sicar.* Cæterùm si de damno sarciendo civiliter disceptatur, tenetur is, qui injustè occidit, solvere impensas funeris, & si quæ factæ sunt in medicos iisque quos occisus alere ex officio solebat, puta liberis, uxori, parentibus dare tantum, quantum illa spes alimentorum ratione habita ætatis occisi valebat, *Grot. lib. 3. introd. c. 33.* Sic Hercules legitur Iphiti à se occisi liberis multam pependisse, quo faciliùs expiaretur. Atque ita censuit Senatus Dolanus apud *Ioan. Grevell. dec. 25. & Card. Puteus lib. 3. decis.* 180. Sed & Cujac. 14. *obs.* 4. exemplo Hadriani & Const. Porphyrogennetæ probat: novum non esse, ut pars bonorum addicatur occisi liberis, vel patri, vel uxori, maximè si paupertate premantur, quamvis cædes citra dolum facta injustè tamen. Michael Ephesius ad 5. 5. *Nicom. Arist.* scribit: Eum ipsum, qui cæsus est, quodamodo capere, quæ uxor aut liberi, aut cognati ex bonis homicidæ ferunt. Idque in Gallia obtinere usque ad modum lucri amissi testatur *Costal. ad l. 3. si quadr. paup. fec. add. Gomez 3. resol. 3. num. 37. Grot. 2. de jur. bell. 17. nu. 12. & seq. Tuld. ad tit. 5. cap. 3. Christin. vol. 2. dec. 35. nu.* 10. Libero homine vulnerato aut mutilato, quid juris sit, videbimus *inf. §. cap. 3.*

Quæ pecudum numero sit] Ita quoque Gajus in *d. l. 3. §. 2. hoc tit.* quamobrem rectè mihi admonere videtur Hotomanus in principio *d. l. 2.* mendosè legi, *Quadrupedem vel pecudem*, legendum enim esse, *Quadrupedemve pecudem.*

In eo anno plurimi] Primo legis capite qui hominem aut pecudem injuria occidit, quanti ea res eo anno plurimi fuit, damnatur, *d. l. in pr.* De quo plura *inf. §. his autem.*

TEXTUS.

De quadrupede, quæ pecudum numero est.

1. *Quod autem non præcisè de quadrupede, sed de ea tantùm, quæ pecudum numero est, cavetur, eò pertinet: ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantùm, quæ gregatim propriè pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suibus quoque idem placuit. Nam & sues quoque pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim pascuntur. Sic & denique & Homerus in Odyssea ait: (sicut Ælius Marcianus in suis Institutionibus refert.)*

Δήεις τόνγε σύεσσι παρήμενον, αἱ δὲ νέμονται
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ, ἐπὶ τῇ κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

Hoc est.

Assidet is suibus, quorum grex magnus in agris Pascitur, ad Coracis saxum, fontemque Arethusam.

NOTÆ.

1. *Non præcisè*] Non simpliciter, aut indistinctè non ἁπλῶς, aut ἀπολύτως, ut Th.

Quæ gregatim pasci] Hoc est, in grege pastoris imperio subjecto. Itaque Gajus bestias à pecudibus distinguit, *d. l. 2. §. 2.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum de suibus, an pecudum numero sint.*

PEcudum numero esse ea animalia propriè intelliguntur, quæ gregatim pascuntur, id est, in grege pastoris imperio subjecto, ut equi, asini, muli, boves, oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non sunt, multoque minùs feræ bestiæ;

ſtiæ; veluti urſi, leones, pantheræ. Enimverò cameli & elephanti, licèt feræ naturæ ſint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quòd jumentorum operam præſtant, *d. l. 2. §. 2.*

De ſuibus idem placuit.] An ſues pecudum appellatione contineantur; dubitatum fuit. Dubitandique cauſa fuerit, haud facilè dixerim. Hotomannus hanc aſſert: Quòd ſues non ut reliquæ beſtiæ gramine & viridibus pabulis commodè alantur; ſed ut Varro & Columella tradunt, maximè faba, hordeo, glande, & cætero frumento indigent: & ſi rure ſint, tamen caducis arborum baccis, & effoſſis lumbricis & radiculis potiùs quàm gramine veſcuntur. Aliis probabilius videtur, ideò de ſuibus dubitatum, quoniam ſues neque operam hominibus præſtant, puta geſtando, arando, ut equi, muli, aſini, boves; neque lacte aut lana proſunt, ut vaccæ, oves, capræ. Ut ut ſit; placuit etiam ſues pecudum numero haberi, quia & ipſi gregatim ſub imperio paſtoris paſcuntur *d. l. 2. §. 2. hoc tit. l. legatis 65. §. pecoribus 4. de leg. 3.* Ubi Martianus Juriſconſultus auctoritate Homeri hanc ſententiam confirmat. Locus eſt apud Poetam *Odyſſ.* 13. ubi Minerva Ulyſſem in patriam ex longo errore reductum monet, ut non rectà domum ad uxorem & procos introeat: ſed priùs ad Eumæum ſubulcum adeat, à quo de rebus omnibus interea edoceatur, dum ipſa Telemachum filium reducat. Quo eodem loco leguntur verſus, quos poſt Marcianum hic citat Juſtinianus.

TEXTUS.

De injuria.

2. *Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem inſidiatorem occidit, non tenetur: utique ſi aliter periculum effugere non poteſt.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui hac actione non teneantur.*

QVi nullo jure occidit] Injuriam hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quamdam, ſed quod non jure factum eſt, ſeu damnum culpa facientis datum, *l. 5. §. 1. hoc tit.* & nimirum quodcumque prævideri potuit, nec proviſum eſt, *l. ſi putator 31. leg. 44. eod.* Ex quo intelligimus eum, qui occidit, aut aliàs damnum dedit, hac lege teneri, etiamſi animum nocendi non habuit, *d. l. 5. §. 1.* Deinde teneri hac lege omnes, quorum culpa vel leviſſima damnum datum eſſe arguatur, *l. in lege 44. eod.* Poſtremò non teneri eos, qui vel culpæ capaces non ſunt: qualis eſt furioſus, infans, & impubes infantiæ proximus, *d. l. 5. §. 2.* vel quorum factum à culpa abeſt: veluti ſi non fuit in poteſtate ejus, qui damnum dedit, non facere; puta, ſi ab alio impulſus damnum dederit, *l. 7. §. 3. l. ſi ex plagis 52. eod.* vel ſi jure ſuo id fecit; puta furem nocturnum aut diurnum telo ſe defendentem, vel aggreſſorem, aut tantum irruentem occiderit, *hoc text. d. l. 4. eod.* aut ſi quis caſu alium læſit, quem divinare non potuit: aut ſi in eo, qui læſus eſt, culpa ſit, cur ſit læſus; *vid. infr. §. 4. & 5.* Pleriquè putant, nec culpam, quæ in omittendo ſeu negligendo conſiſtit, ad legem Aquiliam pertinere, quoniam lex factum exigit, *Covar. de ſponſ. par. 2. c. 6. §. 8. num 23. Donell. 16. com. cap. 7.* Alii putant, hoc nomine utilem ſaltem actionem competere, *l. 8. l. ſi ſervus 27. §. ſi fornacarius 9. & ibi Buſc. hoc tit.* Quod verum eſt, ſi negligentia circa factum aliquod antecedens cauſam damni præbuit. Ita opiniones conciliat D. Tuldenus *hic cap. 7.*

Qui latronem inſidiantem] Adversùs periculum naturalis ratio permittit ſe defendere, *d. l. 4. hoc tit. l. 5. l. 45. §. 4. hoc etiam tit.* & quod quis ob tutelam corporis ſui fecit, jure feciſſe exiſtimatur; *l. 6. de juſt. & jur.* Quamobrem ſi ſervum aggreſſorem aut latronem inſidiantem mihi occidero; ſecurus ero: ſed & ſi alium quemcumque ferro ſe petentem quis occiderit; non videtur injuria occidiſſe, *d. l. 4. & l. 5. eod.*

Si aliter periculum effugere) Vim nobis illatam vi repellere licet: cæterum ita, ſi aliter periculum vitari non poteſt, *l. ſcientiam 45. §. pen. eod.* Itaque ſi quis, cùm poſſet intentantem periculum apprehendere, occidere maluit; injuria feciſſe videtur, *d. l. 5.* Nec ultio permiſſa, ſed defenſio: quæ ita excuſata eſt, ſi in defendendo ſervata ſit moderatio inculpatæ tutelæ, *l. 1. C. unde vi.* Cuncta exequi, quæ ad materiam defenſionis pertinent, non eſt hujus loci.

TEXTUS.

De caſu, dolo, & culpa.

3. *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui caſu occidit; ſi modò culpa ejus nulla inveniatur. Nam alioqui non minùs ex dolo quàm ex culpa quiſque hac lege tenetur.*

COMMENTARIUS.

NOn minùs ex dolo quàm ex culpa] Inverſio eſt: dicere voluit: *Non minùs ex culpa quàm ex dolo* occidentem teneri; nam de dolo minor eſt dubitatio. Similis verborum trajectio occurrit *in pr. ſupra de hæred. inſtitut.* apud Ulpianum *leg juriſgentium 7. §. pactorum 8. de pact. l. 3. §. 2. de incend. ruin. naufr.* apud Calliſtratum *l. ſolidum 85. de ſolut.*

TEXTUS.

De jaculatione.

4. *Itaque ſi quis, dum jaculis ludit, vel exercitatur, tranſeuntem ſervum tuum trajecerit; diſtinguitur. Nam ſi id à milite in eo campo, ubi ſolitum eſt exercitari, admiſſum eſt; nullà culpa ejus intelligitur: ſi alius tale*

tale quid admiserit: culpæ reus est. Idem juris est de milite, si alio loco, quam qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admiserit.

De putatione.

5. *Item si putator ex arbore ramo dejecto servum tuum transeuntem occiderit: si propè viam publicam aut vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari posset; culpæ reus est: sed si proclamavit, nec ille curavit præcavere; extra culpam est putator. Æquè extra culpam esse intelligitur, si seorsum à via forte, vel in medio fundo cædebat, licèt non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.*

De curatione relicta.

6. *Præterea si Medicus, qui servum tuum secuit, dereliquit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit servus; culpæ reus est.*

De imperitia Medici.

7. *Imperitia quoque culpæ adnumeratur; veluti si Medicus ideò servum tuum occiderit, quia malè eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.*

De imperitia & infirmitate mulionis, aut equo vecti.

8. *Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fuerit; culpæ reus est mulio. Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, quum alius firmior eas retinere potuisset; æquè culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, cui cum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.*

NOTÆ.

5. *Licèt non proclamavit*] Quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset. Quòd si etiam per locum privatum vulgò iter fiat; de culpa agi poterit; *d. l. 31.*

6. *Qui servum secuit*) Quamvis benè *l. 18. eod.* Solebant olim medici venas incidere, & ægris sanguinem mittere. Cic. *Pisoniana.*

7. *Si Medicus*] *l. 7. in fin. & d. l. 8. pr. eod.* quamquam eventus mortalitatis Medico imputari non debet, *leg. 7. §. de offic. præs.* & extra culpam esse intelligitur, ὅταν ᾖ μείζων τὸ πάθος τῆς ἰατρικῆς βοηθείας. Alexand. Aphrod. *in 1. Top. Arist.*

Perperam ei medicamentum]. Ἀμαθῶς καὶ ἀπερισκέπτως. ut Hippocr. *de pharm. purg.* imperitè, temerè, inconsideratè.

COMMENTARIUS.

1. *Quod de militibus in loco exercitii se exercentibus hic dicitur; id etiam ad paganos certo loco se exercere solitos pertinere.*
2. *Medicorum culpam rarò nunc in judicium vocari.*

AFferuntur hic varia exempla hominis occisi & damni dati citra dolum & animum nocendi, & ferè culpa levissima. Nam ut antea dictum est, per legem Aquiliam non solùm dolus, sed etiam culpa vindicatur, ita ut ne levissima quidem hic excusationem habeat, *l. in lege 44. hoc tit.* & rectè. Nam cùm potior semper sit causa ejus, qui damnum patitur, quàm qui dat æquum est, damnum quacumque culpa datum sarciri ab eo, qui dedit.

A milite in eo campo(Duæ circumstantiæ in proposito efficiunt, ut factum à culpa absit & Aquilia cesset; locus exercitationi destinatus; & personæ se in eo loco exercitantis. Altero autem horum deficiente, Aquiliæ locus est. Qua de causa si vel paganus in loco exercitationi militum constituto jaculans servum transeuntem occiderit, sive miles extra campum jaculatorium; uterque Aquilia tenebitur, *d. l. 9. §. ult. hoc tit.* Quid 1.
verò dicemus de conventiculis sagittariorum ex paganis, qui certo loco collineando ad scopum certare solent? Et quamvis hi milites non sint; tamen si quis eorum die & loco solito se exercens intempestivè per eum locum transcurrentem transfixerit, extra culpam esse respondit *Vnam. §. cent. 2. cons. 51. fac. Grot. 3. jurisp. Bat. 33.* Planè si consultò ictum in transeuntem direxerit; aliud juris est, *d. l. 9. §. ult. & ibi gloss.*

Si putator ex arbore dejecto ramo] Arborem putare, factum planè licitum est: cæterum in dejectione rami amputati culpa esse potest. Quod ex loco, in quo putatur arbor, æstimandum est. Nam si is locus sit prope viam publicam aut vicinalem aliamve, per quam vulgò iter fit, aut unicuique transire jus est: & frondator seu is, qui arbores amputat, ramum in eum locum quantumvis privatum sine proclamatione dejiciens servum prætereuntem occiderit; culpæ obnoxius est: si verò proclamavit, nec alter curavit casum evitare; extra culpam esse. Similiter extra culpam esse intelligitur, si in eum locum dejecerit, in quo nulli extraneo versandi jus erat, quamvis non proclamaverit: quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset: *l. si putator 31. hoc tit.* Via publica est, quæ Græcis βασιλικὴ, regia dicitur; Romanis prætoria & consularis, item militaris: Vicinalis, quę in vicos ducit; quæ & ipsa ferè publica est; *l. 2. §. 22. ne quid in loc. publ. Sic. Flacc. de cond. agr. Suet. Aug. 49. Th. hic.*

Si Medicus qui servum tuum secuit] Qui Medicus servum alienum secuit, etsi benè secuit; (venæ sectionem seu incisionem intellige,) tamen si susceptam ejus curationem dereliquit, & servus

ob id

ob id mortuus sit, culpæ reus intelligitur, *l. 8. hoc tit.* Nimirum qui susceptam curationem deseruit, causam mortis præbuisse videtur.

Imperitia quoque culpæ, &c.] Imperitia alicujus rei per se culpa non est: sed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod profitetur, culpæ adscribitur, si quid circa ea, quæ ad illud artificium pertinent; per imperitiam commissum sit; *l. 9. §. pen. l. item quæritur 13. §. si gemma 5. locat. l. si servum 27. §. si calicem 29. hoc tit.* eòque pertinet *l. imperitia 132. de reg. jur.* Itaq. si Medicus servum tuum imperitè, ἀμαθῶς ἢ ἀπείρως, secuerit, vel medicamento perperam usus mortem attulerit, hac lege tenebitur, *l. 7. in fin & l. seq. in pr. eod.* Homicidii crimen est in hominis salute peccare, ait Cassiod. *6. var. 19.* Diligenter autem considerandum est, ne quod vi morbi contigit, id Medici imperitiæ aut culpæ adsignetur: nam eventus mortalitatis Medico imputari non debet, sed tantùm quod commisit per imperitiam; *l. 6. §. sicuti 7. de off. præs.* & extra culpam esse intelligitur, ὅταν δὲ μεῖζον τὸ πάθος τῆς ἰατρικῆς βοηθείας. *Alex. Aphrod. in 1. top. Arist.* Culpa Medici rarò in judicium vocatur; quoniam, ut ille dicebat; Errata medicorum terra occultat; beneficia autem Sol illustrat. Et Plinius alicubi scribit: Soli Medico hominem occidere impune esse. Papon. *23. tit. 8. art. 1.* refert Medicum, qui fortiorem solito potionem ægrotanti præbuerat, impunè quidem pro ea vice arresto Parisiensi dimissum fuisse: sed cum interminatione severæ animadversionis, nisi in posterum ab hujusmodi remediis temperaret; *add. Grœnevv. de ll. arb. hic.*

Impetu quoque mularum, &c.] Mulio, cujus ob imperitiam vel infirmitatem impetu mularum servus alienus obtritus est, hac actione tenetur. Idem juris est in persona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non potuit. Neque iniquum est infirmitatem culpæ adnumerari. Quippè cùm nemo temerè affectare debeat, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram, *l. 8. §. 1. eod.*

Textus.

Quanti damnum æstimetur, & de hæredibus.

9\. *His autem verbis legis:* Quanti id eo in anno plurimi fuerit, *illa sententia exprimitur; Ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretiosus fuerit; non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit: qua ratione creditum est, pœnalem esse hujus legis actionem; quia non tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Ideoque constat, in hæredem eam actionem non transire; quæ transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis æstimaretur.*

Commentarius.

Quanti in eo anno plurimi] Hæc clausula æstimationem habet damni, quod per cædem datum est. Tenetur itaque qui servum occidit, non quanti is erat, cùm occideretur, sed quanti eo anno plurimi fuit; *l. ait lex. 21. l. inde Neratius 23. §. Idem Iulianus 3. hoc tit.* ubi Ulpianus scribit: Hominis occisi æstimationem ad id tempus referri, quo eo anno plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque diebus, quippe annum retrorsus numerari, ex quo quis occisus est. Et ideò si pretioso pictori pollex fuerit præcisus, & intra annum quo præcideretur fuerit occisus; posse dominum Aquilia agere, pretioque eo æstimandum, quanti fuit priùs, quàm artem cum pollice amisisset. Si mortiferè vulneratus sit servus, deinde post, etiam longiori tempore interjecto, mortuus sit, secundùm Julianum inde annum numerari placet, ex quo vulneratus est: licèt Celsus contra senserit; *d. l. ait lex. 21. §. 1.*

Pœnalem esse hujus legis actionem] Actio legis Aquiliæ pœnalis est. Nam etsi interdum lis ultra damnum datum non æstimetur, veluti si res intra annum depretiata non sit; tamen ad hoc, ut pœnalis habeatur, sufficit posse præsentem æstimationem exuperari, & pœnam generaliter in damnosos statutam esse.

In hæredem non transire] Constat, hanc actionem hæreditari: sed in hæredem non datur, cum sit pœnalis; nisi fortè ex damno locupletior hæres factus sit; *d. l. inde Nerratius 23. §. hanc actionem 8. hoc tit.* aut lis cum defuncto fuerit contestata, *§. 1. infr. de perp. & temp. act.*

Quæ transitura fuisset] Ait: Actionem legis Aquiliæ in hæredem non transire: non quia ex delicto est; sed quia pœnalis: transituram, si pœnalis non esset. Itaque hic locus apertè confirmat eorum sententiam, qui existimant, actiones non pœnales, etiamsi ex delicto veniunt, in hæredem dari; de quo latiùs alibi, *§. ult. supr. de obl. quæ ex del. & infr. §. 1. de perp. & temp. act.* Hodie actio legis Aquiliæ pœnalis non est: nam solùm eatenus ea nunc utimur, ut damnum injuria datum persequamur; non etiam quanti plurimi supra id res in eo anno aut in diebus 30. proximus fuit: & quando aliquid propter occasionem conjugis vel parentis, vel propinqui adjudicatur; id potiùs ejus qui agit indemnis servandi, quàm coercendi adversarii causâ fieri existimatur. *Gudel. de jur. nov. lib. 3. cap. 13. Groen. 3. introd. 32. & 34. Grœnevv. de ll. abrog. hic.*

Tex-

TEXTUS.

Quid æstimatur.

10. *Illud non ex verbis, sed ex interpretatione placuit; non solùm perempti corporis æstimationem habendam esse, secundum ea quæ diximus: sed eo ampliùs, quicquid præterea perempto in corpore damni nobis illatum fuerit; veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quàm is jussu tuo hereditatem adierit: nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comœdis unus servus occisus fuerit; non solùm occisi fit æstimatio, sed eo ampliùs id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt.*

NOTÆ.

10. *Depretiati sunt*] Utitur eo verbo Paul. *d. l.* 22. §. 1. Terrull. *ad Nation. cap.* 10. Gloss. Lat. Gr. depretiati, ἠλαττωθέντες.

COMMENTARIUS.

Non ex verbis legis, sed ex interpretatione] Lex de æstimatione perempti corporis tantùm locuta videtur: cæterum illud quoque damnum in æstimationem venire placet, quod occasione perempti corporis in re alia patimur quod variis exemplis illustratur, *l. ait lex* 21. *§. ult. cum ll. seqq. hoc tit.* Ait autem Justinianus: Id per interpretationem placuisse; nimirum quia legislatorem id quoque voluisse prudentes existimaverunt: non enim tam ex scripto & sententia hæc controversia nata videtur, quàm ex scripti ambiguitate; ut benè Horoman. *hic.* & ideò de hoc quoque damno directam ex lege actionem competere verius est, *vid. §. ult. inf.*

Quicquid præterea damni] Quicquid præterea extra rem principalem nostra interest, *d. l. ait lex.* 21. *§. ult.* Nam omnia commoda, quæ intra annum, quo verbi causa servus interfectus est, pretiosiorem hunc servum facerent, ad æstimationem ejus accedunt, *d. l. inde Neratius* 23. *§. in summa* 6. *eod.* Damnum autem intellige pecuniarium: nam affectionis ratio non habetur. Ut ecce: Si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles; non pluris æstimabitur, quàm quanti omnibus valet. Quippè pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur, *l. si servum* 33. *hoc tit. l. pretia* 63. *ad l. Falcid.*

Si servum tuum hæredem] Si servus hæres institutus, antequàm jussu domini hæreditatem adiret, occisus sit; etiam hæreditatis amissæ damnum in æstimationem venit, *d. l. inde Neratius* 23. *hoc tit.*

Item si ex pari mularum] *l. proinde* 22. *§.* 1. *eod.* Ubi Paulus scribit: Etiam causas corpori cohærentes æstimari. Itaque si quis ex comœdis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit; non solùm perempti corporis æstimationem faciendam esse: sed & ejus rationem haberi debere, quo cætera corpora depretiata sunt.

TEXTUS.

De concursu hujus actionis & capitalis.

11. *Liberum autem est ei, cujus servus occisus fuerit; & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi; & capitalis criminis eum reum facere.*

COMMENTARIUS.

Si dolo servus occisus, non tantùm privato judicio legis Aquiliæ dominus agere potest, sed etiam publico legis Corneliæ de sicariis; *l. inde Neratius* 23. *§. si dolo* 9. *hoc tit. l.* 3. *C. eod.* nam lex Cornelia non distinguit, cujus conditionis homo occisus sit, *l.* 1. *§.* 2. *ad l. Corn. de sicar.* Addit Ulp. *in d. l. inde Neratius §. si dolo.* Si lege Aquilia dominus egerit; non ob id tamen præjudicium fieri legi Corneliæ: scilicet, quo minùs quod privato judicio judicatum erit, publico retractetur, *l. unic. quand. act. civ. crim.* Alio sensu Paulus *in l.* 4. *de publ. jud.* dicit: In actione legis Aquiliæ cæterisque privatis judiciis, in quibus de re familiari agitur, evenisse interdum, ut præjudicium judicio publico fiat; nimirum non sic, ut agi ampliùs non possit; sed ad probationem delicti quod attinet, ut judicium privatum ante finitum urgeat aut juvet reum in executione criminis.

Capitalis criminis reum facere] Modò, ut diximus, dolo malo homo occisus sit. Nam in lege Cornelia dolus tantùm pro facto accipitur: nec in hac lege lata culpa pro dolo habetur; *l.* 7. *ad leg. Corn. de sicar. add. Schneid. §. injuria* 2. *numer.* 11. *sup. ad hunc §. num.* 1. De libero homine occiso, si de damno sarciendo agatur; dixi sub *pr. hujus tit.*

TEXTUS.

Caput secundum.

12. *Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.*

COMMENTARIUS.

Secundum hujus legis capitulum jam tempore mediæ jurisprudentiæ in desuetudinem abierat; ut testis est Ulpianus *in l. si servum* 27. *§.* 4. *hoc tit.* Quid autem hoc capite cautum fuerit: cùm id nusquam proditum sit; haud temerè dixerim, neque de eo laborandum. Qui otio abundant, talia sibi negotia sumant. Cujacio videtur, pertinuis-

tinuisse ad interceptam nobis utilitatem quamdam, re nostra illæsa.

TEXTUS.

Caput tertium, quo damnum vindicatur.

13. *Capite tertio de omni certo damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ in pecudum numero est, vulneraverit: sive eam quadrupedem, quæ in pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam, vulneraverit, aut occiderit; hoc capite actio constituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum vindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum, aut fractum fuerit; actio ex hoc capite constituitur: quamquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere. Ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta, aut usta, sed etiam scissa, & collisa, & effusa, quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est: Si quis in alienum vinum aut oleum id miscuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur; ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri.*

NOTÆ.

73 *Capite tertio*] Verba capitis tertii referuntur ab Ulp. *l.27. § 5. eod.* ejusdemque *l.* §.6. & deinceps fusè explicantur.

COMMENTARIUS.

1 *Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis.*
2 *Quid juris si liber homo vulneratus: & quid eo casu hodie.*

TErtio capite ait eadem lex Aquilia; *Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quid usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas esto; l. si servus 27. §. tertio 5. hoc tit.* Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed usserit, fregerit, ruperit; sine dubio ex his verbis legis agendum erit. Proinde si faciem servo
1 meo objeceris, & eum adusseris; teneberis mihi. Idem est si loris, vel virgis, vel pugnis, vel telo cæcideris, ut corpus ei scinderes vel tumorem faceres; *d. l.27. §.17.* Item si quis mulum meum plus justo oneraverit, & aliquid membri ruperit; *d. l.27. §.23.* Sed & si arbustum meum vel villam meam incenderis; Aquiliæ actionem habeo, *d. l. si servus §. item si 7.* Æquè si quis vinum effuderit, spurcaverit, vitiaverit, vestimentum sciderit, inquinaverit, milium aut frumentum meum in flumen effuderit; ex hoc capite tenetur, *d. l. 27. §. cum eo, 15. & §. si quis 18. cum §. seq. eod.* Hac quoque actione ex hoc capite de omnibus animalibus læsis agendum est, quæ pecudes non sunt; puta de cane. Sed & de apro & leone cæterisque feris & avibus idem erit dicendum, *l. quemadmodum 29. §. hac actione 6. eod.* In summa: hoc capite servorum & pecudum vulnera reliquorum animalium, vel vulnera vel cædes, omnium denique rerum animatarum corruptiones in judicium vocantur. Liber homo vulneratus dire- 2
ctam ex hoc capite actionem non habet: quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Sed tamen utilem actionem ei dari placet: in qua non corporis, quod nullam æstimationem recipit; sed operarum cessantium & impendiorum æstimatio fiet; *§. liber homo 12. eod.* quam æstimationem etiam pater utilis legis actione persequi potest ob vulnus inflictum filiofam. *l.7. eod. l. cum duobus 52. §. socium 16. pro soc. Cuiac. 21. obs. 20. add. Gros. 3. introd. c.34.* Moribus harum regionum etiam dolorum & deformationis corporis, si quando id petitur, æstimatio fit: quamvis propriè hæc pecunia sarciri non possunt, neque juri Romano id conveniat, *l. ult. de his qui dejec. leg. 3. si quadr. paup. Gros. de loc.*

Ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum) Verbum *Ruperit* ferè omnes Veteres sic intellexerunt, *Corruperit*. Itaque rupti appellatione continentur, & usta, & fracta, & scissa, & collisa, & effusa, & quoquo modo vitiata, deteriora facta, aut perempta. Neque obstat, quòd lex distinctim hæc tria exprimit; usserit; fregerit; ruperit. Nam, ut Celsus dicebat, non est novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subjiciat verbum, quo specialia complectatur, *d. l. si servus 27. §. in quis 13. cum 2. §§. seqq.*

TEXTUS.

De dolo & culpa.

14. *Illud palam est: sicut ex primo capite demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit; ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de cætero damno quemque teneri; ex hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.*

COMMENTARIUS.

S*I dolo aut culpa*) In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quàm dolus punitur. Ideòque si quis in stipulam suam vel spinam comburendæ ejus causa ignem immiserit, & ulteriùs evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineam læserit; requiremus: num imperitia ejus aut negligentia id accidit. Nam si die

die ventoso id fecit; culpæ reus est: nam & qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est & qui non observavit, ne ignis longiùs procederet. At si omnia, quæ oportet, observavit, & subita vis venti ignem longiùs produxit; caret culpa: *l. qui occidit 30. §. penult. hoc tit.*

Quanti in diebus triginta] Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximis, tanti lis æstimatur, *d. l. servus, §. tertio 5. eod.* qui excessus præsentis æstimationis hic pro pœna est: quæ levior in hoc capite quàm in primo, tamquam in delicto leviore.

TEXTUS.

Quanti damnum æstimetur.

15. *Ac nec* Plurimi *quidem verbum adjicitur. Sed Sabino rectè placuit, perindè habendam æstimationem, ac si etiam hac parte* Plurimi *verbum adjectum fuisset: nam plebem Romanam, quæ Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quòd prima parte eo verbo usa esset.*

COMMENTARIUS.

HÆc verba, *Quanti in diebus triginta proximis fuit*, etsi non habent *Plurimi*; sic tamen accepta sunt, *l. quemadmodum 29. §. ult. hoc tit.* nimirum ut vox *Plurimi* in primo capite posita in tertio reperita intelligatur: & alioqui incerta esset damni ex hoc capite æstimatio.

Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, &c. Rectiùs dixisset *Legem jussit*, & mox, *eo verbo usus esset*; ut hic notat Hotoman.

TEXTUS.

De actione directa, utili, & in factum.

16. *Cæterum placuit: ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipuè corpore suo damnum dederit. Ideòque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur: aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur: aut pecus in tantum exagitaverit, ut præcipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem adscenderet, vel in puteum descenderet, & is adscendendo, vel descendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis læsus fuerit; utilis actio in eum datur: sed si quis alienum servum aut de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, & is suffocatus fuerit, eò quòd projecit; corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi potest: ideòque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit: quum non sufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliæ actio; placuit, eum qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.*

NOTÆ.

16. *Si quis præcipuè corpore suo*] Directa legis actio ita demum conceditur, si quis corpore suo damnum dederit, *l. 51. eod.* Directa actio hic intelligitur, quæ ex verbis legis, eoque quod scriptum est descendit.

Qui alio modo, &c. utiles actiones] Quæ eædem & in factum: cæterum civiles, *l. 7. §. 3. & 6. l. 9. eod.* Actio, quæ inducitur per interpretationem & extensionem aliquam tamquam ex mente legislatoris, non directa, sed utilis dicitur: quamquam vi & effectu à directa nihil differt, *l. propen. de neg. gest.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori; item libero homini suo nomine utilis actio legis Aquiliæ datur. Directam habere non possunt, quoniam in lege domini tantùm mentio fit, *l. 7. l. 11. l. 13. h. t.*

Alienum servum de ponte]. Si quis de ponte aliquem præcipitaverit; Celsus ait: Sive ipso ictu perierit, aut continuò submersus est, aut lassatus vi fluminis victus perierit; lege Aquilia teneri; quemadmodum si quis puerum saxo illisisset, *d. l. 7. §. pen.*

Ipsa lege Aquilia] Ex ipsis verbis legis Aquiliæ, ut directa in eum actio competat; ut rectè interpretatur Theoph.

Neque corpus læsum] Ubi corpus integrum manet; neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competit: ac proinde subsidiaria in factum opus est, *l. 33. in fin. hoc tit. l. 7. §. 7. de dolo*, quæ à Prætore defectum legis supplente datur, *l. 11. de præscr. verb.*

Misericordia ductus] *d. l. 7. §. 7. de dolo.* Intempestiva misericordia damnosa est. Similiter actione in factum tenetur, qui fumo facto apes fugaverit, vel etiam necaverit, *leg. 49. eod.* Apes fumo abigi & necari notissimum est; Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Directa actio quot modis dicatur.*
2. *Actio utilis quid: & qua ratione; quando; à quibus introducatur.*
3. *Directam actionem esse, tam quæ ex sententia legis descendit, quàm quæ ex verbis: utilem, quæ tamquam ex sententia per interpretationem extensivam: in factum, cui nec oratio nec sententia convenit.*
4. *Utilem, quæ tamquam ex sententia legis, & ipsam interdum in factum appellari.*

Ut

1 UT hic locus plenè intelligatur; sciendum est: non uno semper & ejusdem oppositionis intuitu nomen actionis aut directæ aut utilis à Veteribus usurpari. Nam primùm directa actio dicitur principalis opposita, vel præparatoriæ, puta actionis ad exhibendum, *l. 3. §. ibidem 13. l. si quis 17. ad exhiben.* vel contrariæ; ut actio directa commodati, depositi, pignoratitia, &c. vide nostra *ad §. 2. sup. quibus modis re contr. oblig. §. 1. sup. de obligat. quæ quasi ex controv.* Deinde actio ordinaria ex delicto opposita noxali directa quoque vocatur, *§. omnis 5. infr. de nox. action.* Postrema directa actio dicitur ad differentiam actionis utilis: quæ consideratio hujus loci pro-
2 pria est. Utilis actio sic in universum describi potest: quòd sit actio, quæ deficiente stricta juris ratione, ex æquitate introducitur. Id verò fit bifariam: vel interpretatione Jurisconsultorum; vel etiam jure expresso, tum prætorio, tum etiam civili æquitatem sectante. Actiones prætoriæ in relatione ad jus civile strictim omnes dicuntur utiles, tametsi apertè verbis edicti propositæ sint; *§. namque 4. inf. de action. l. tut. 16. §. ult. de pign. act. l. electio 26. §. 2. de nox. act. l. 1. de super-*
3 *fic. l. ult. C. quib. ex c. maj.* Quamquam si jus prætorium absolutè spectamus; quædam actiones hoc jure proditæ directæ; quædam utiles appellari possent: directæ, quæ ipsis edicti verbis proponuntur: utiles, quas verbis cessantibus prudentum interpretatio indixit, *l. pen. §. ult. de his qui dej. vel eff.* apparet ex *l. nec quasi 70. de rei vend. l. 1. l. si Titio 22. de pignor. l. in eum 19. in pr. de institut. act. l. 5. §. pen. de pec. constit. l. 2. de precar.* Sed & jus civile nonnumquam verbis expressis utiles tantùm actiones tribuit; nimirum quoties ratio juris impedit, quominùs directæ dentur, veluti si directæ jam sint apud alium. Nam ratio juris non patitur, ut aut apud duos simul directa sit actio, aut ab eo, cui illa semel competere cœpit, avulsa in alium transferatur. Hinc est, quòd ei, cui nomen venditum, legatum, donatumve est, non directa, sed utilis actio rescriptis Imp. datur: quia scilicet ex ratione juris directa penes venditorem, hæredem, donatorem manet; *l. si cum 16. de pact. l. 1. C. de obl. & act. l. ex legato 18. C. de legat.* Pari de causa, quia ratio juris civilis non patitur, ut nostra conventione alteri actionem quæramus; quibusdam casibus hic utilis actio Constitutionibus introducta est, *l. 3. C. de don. quæ sub mon.* His autem casibus & si qui sunt similes demptis, actio directa dicitur, quæ ex verbis legis, eoque quod rescriptum est descendit. Scriptum autem etiam illud & verbis comprehensum intelligi oportet, quod voluisse legislatorem constat, etiamsi id verbis apertè expressum non sit. Ut ecce: lege Aquilia. Qui damnum dedit, expressè jubetur ejus damni æstimationem præstare; illud non exprimitur, damnum tanti æstimandum quanti intersit damnum datum non esse: cæterùm quia damnum sarciri lex voluit; ex voluntate legis hoc sic acceptum est, quasi scriptum esset: Ejus omnis quod interest æstimationem fieri debere; ac proinde etiam ejus nomine quod extrinsecus interest directa ex lege actio competit; ut notavimus *ad §. illud 10. sup. eod.* At verò ubi longiùs proceditur, atque ex scripto & sententia controversia orta actio inducitur per interpretationem & extensionem aliquam tamquam ex mente legislatoris; ea non directa, sed utilis est: quamquam vi & effectu juris à directa non differt, *l. propen. de neg. gest.* Quòd si & verba & sententia legis deficiunt; hic Prætor defectum legis, utilitate id exigente, supplere solet reddendo actiones in factum, *leg. quia actionum 11. de præsc. verb.* Quæ omnia exemplis in textu 4
illustrantur. Illud etiam hic obiter notandum: appellatione actionis in factum nonnumquam significari actionem illam utilem, quam ex sententia legis per interpretationem induci diximus; ut videre est *in l. qua actione 7. d. proinde 3. leg. item si 9. in pr. l. item Mela 11. §. sed si 8. leg. quemadmodum 29. §. pen. hoc tit.* Propriè autem eo nomine designari actionem ab illa utili distinctam: quæ scilicet id factum persequitur, cui nec oratio nec sententia legis convenit, *d. l. 11. de præscr. verb. l. si servum 33. §. 1. hoc titul. 7. §. idem Labeo 7. de dol. & hoc titul. in fin.* Illa in factum civilis; hæc in factum prætoria dicitur, & tota subsidiaria est.

Si quis corpore suo) *Add. ita vulneratus 51. in pr. hoc tit.*

Qui alio modo damnum dederit, utiles actiones] Quæ eædem & in factum, cæterum civiles, *l. qua actione 7. §. 3. & §. Celsus 6. leg. item si 9. fere tot. per titul. eod.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis Aquiliæ actio datur. Directam enim habere non possunt, quoniam in lege domini tantùm mentio fit, *d. l. quia actione in pr. l. item Mela 11. §. sed si 8. l. liber homo 13. pr. eodem.*

Alienum servum de ponte) Si quis de ponte aliquem præcipitaverit; Celsus ait: Sive ipso ictu perierit, aut continuò submersus est, aut lassatus vi fluminis victus perierit; eum qui dejecit, ipsa lege Aquilia teneri, quemadmodum si quis puerum saxo illisisset, *d. l. 7. §. penult.*

Neque corpus læsum) Lex Aquilia de corpore perempto aut corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet; neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competere potest: & proinde subsidiaria in factum opus est; secundùm ea, quæ jam dicta sunt, *l. 11. de præsc. verb. l. si servum 33. in fin. hoc tit. l. 7. §. idem, Labeo 7. de dolo.*

TIT-

TITULUS IV.

DE INJURIIS.

Dig. Lib. 47. Tit. 10. C. Lib. 9. Tit. 35. & 36.

Continuatio, & argumentum tituli.

Quarta species delicti, unde obligatio & actio inter privatos nascitur, est injuria seu contumelia. Quæ quid sit: quomodo & quibus fiat: tum qua pœna vindicetur: quæ circumstantiæ eam augeant, aut minuant: & denique quomodo aboleatur; hic docebitur.

TEXTUS.

Verbum Injuria quot modis accipitur.

Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit: specialiter, aliàs contumelia, quæ à contemnendo dicta est, quam Græci ὕβριν appellant: aliàs culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt. Sicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: aliàs iniquitas & injustitia quam Græci ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν vocant: cum enim Prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur.

NOTÆ.

Generaliter injuria] Ex Paulo *apud Rufin. tit.* & Ulpiano *l. 1. hoc tit.* ubi J. C. ait: *Injuriam ex eo dictam, quòd non jure fit.* August. *Confess. 3. cap. 8. Sive per contumeliam, sive per injuriam.*

Cum judex non jure contra quem pronuntiat] Si judex iniquè sententiam dixerit, quamvis per imprudentiam aut errorem, *l. 41. de evict.* eum, qui sententia læsus est, injuriam passum dicimus, *d. l. 1. hoc tit.* Judex autem injuriam facit; non is, secundùm quem judicatum est. Aristot. 1. *magn. mor.* 34.

COMMENTARIUS.

Omne quod non jure fit) Quicquid non jure fit, generali verbo injuria dicitur, *l. 1. hoc tit.* ubi Ulpianus ait: Injuriam ex eo dictam, quòd non jure fiat. Itaque omne factum, quo nocetur detrahiturque quid alteri temere immeritòve, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam latè patet, quàm injustitia: est enim effectus injustitiæ, quæ in effectu & habitu animi consideratur. Cicero in paradox. *Quòcumque aspexisti, ut furiæ, sic tuæ tibi occurrunt injuriæ, quæ te respirare non sinunt.* *Injuriæ*, id est, actiones injustæ, flagitia, peccata. Injuriæ, sic generaliter dictæ, Justinianus tres species hic commemorat, uti & Jurisconsultus in *d. l. 1.* Contummeliam; Damnum culpa datum; Iniquitatem sententiæ: quibus tamen genus propositum non exhauritur. Sed de eo unusquisque pro arbitratu existimet. Adeundus omnino Arist. *lib. 5. ethic.*

Specialiter, aliàs contumelia] Speciatim injuria primùm pro contumelia accipitur; ut in *hoc tit. l. 5. §. 1. ad l. Aquil. l. si unus 27. §. 2. de pact.* ubi Paulus scribit: Actionem injuriarum nasci ex contumelia. In hoc significatu injuria sic ab Auctore librorum ad Herennium definitur: *Injuria est, quæ aut pulsatione corpus, aut convitio aures, aut turpitudine vitam alicujus violat.* Ego sic: injuria est omne dictum factumve ad contemptum, infamiam, aut dolorem alterius directum.

A contemnendo) Contumelia à contemptu, Seneca quoque auctore ad Seren. 11. dicta est: quia nemo nisi quem contempsit tali injuria notat.

Aliàs culpa, sicut in lege Aquilia) Lex Aquilia injuriæ verbo vel maximè dolum malum intelligit: cæterùm eodem verbo & culpam comprehendit; atque id quoq[ue], quod per imperitiam aut imprudentiam factum est, injuria factum existimat. Quod Aristoteles non ἀδίκημα, sed ἁμάρτημα appellaret; & ita fortè legendum: quia id nomen locum habet etiam ubi dolus abest. Atque hæc est secunda injuriæ species.

Non jure contra quem pronuntiat (Tertiò circa judicia injuriam pro iniquitate accipimus. Nam si judex iniquè sententiam d[i]xerit; eum, qui sententia læsus, injuriam passum esse dicimus. Quamquam autem litigatori injuria fieri dicitur, non tantùm cum judex dolo malo aut largitione corruptus perperam pronuntiat, sed etiam cum per errorem aut imprudentiam, *l. si per 51. de evict.* effectu tamen juris inter hæc facta multum interest: & alterum verè maleficium est; alterum propriè non est, sed quasi maleficium; ἁμάρτημα utique: de quo vide *pr. tit. seq.* Illud huic loco contrarium non est, quod apud Paulum *in l. penult. de just. & jur.* legimus: Prætorem quoque jus reddere, cum iniquè decernit. Nam, ut ipse illud explicat, dicitur hoc relatione facta, non ad id, quod Prætor fecit; sed ad illud, quod Prætorem facere convenit: sive nomine relato ad id quod videtur; non quod est, κατὰ τὸ φαινόμενον, non κατὰ τὸ ὄν.

TEXTUS.

Quibus modis injuria fit.

1. *Injuria autem committitur, non solùm cum quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit; sed & si cui convitium*

vitium factum fuerit: sive cujus bona quasi
debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab
eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere:
vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut
carmen scripserit, composuerit, ediderit,
dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret:
sive quis matremfamilias, aut Prætextatum
Prætextamve adsectatus fuerit: sive cujus
pudicitia attentata esse dicatur: & denique
aliis plurimis modis admitti injuriam mani-
festum est.

NOTÆ.

1. *Matremfam. aut Prætextatum, &c.*] *l.9. in*
fin. & l.seq. l.15. §.15. & multis seqq. Prætextati
dicebantur, qui prætexta adhuc & bulla uteban-
tur, Budæus *in l. ult. de senat.* erat autem præ-
texta puerile vestimentum, *l.23. §.2. de aur. &*
arg. leg. & ingenuitatis insigne σύμβολον ἐλευθερίας,
Philostrat. *in Herode.*

COMMENTARIUS.

1 *Re quot modis injuria fiat.*
2 *Convitium quid; & an citra id verbis injuria fie-*
ri queat.
3 *An & quando veritas convitii excuset injurian-*
tem.
4 *An eum relevet præfatio honoris.*
5 *Injuriam verbis factam an verbis liceat repellere.*
6 *Famosi libelli quàm varia pœna.*
7 *Si inventor auctorem indicaverit.*
8 *Pœnæ capitali l. un. C. de famos. libel. quando lo-*
cus.
9 *Adsectari cur injuriosum.*
10 *Sermo prætextatus.*
11 *Cur injuriosa attentatio pudicitiæ.*

INterpretes vulgò injuriam in duo genera di-
vidunt, in realem; & verbalem: eam, quæ scri-
1 pto fit; alii ad realem referunt, alii, & frequen-
tiùs, ad verbalem: quod & Labeo fecisse videtur,
l.1. §.1. hoc tit. & nos sequemur. Itaque dicimus:
omnem injuriam aut re fieri, aut verbis; vel lin-
gua scilicet nuncupatis; vel scripto expressis.

Cum quis pugno pulsatus] Propriè injuria rea-
lis est, quoties manus inferuntur; *d.l.1. §.1.* Sed &
illa realis censetur, quæ citra illationem manuum
aut læsionem corporis infertur re aut facto ali-
quo, quod ad contumeliam alterius pertinet: ve-
luti si quis vexandi causa aliquem in jus vocari
curaverit, *l. injuriarum 13. §.3. eod.* aut domum
absentis debitoris signaverit sine auctoritate ju-
dicis, *l. si injuriæ 20. eod.* cui simile, quod hic pro-
ponitur de bonis quasi debitoris possessis: item
si quis ad invidiam nobis concitandam mœroris
indiciis publicè utatur; puta lugubri aut squalli-
da veste, aut si demittat barbam, submittatve ca-
pillos, *l. item apud 15. §. generaliter 27. l. vestem*
39. eodem, Cujac. 6. obs. 5. & alia hujusmodi, quæ
vel gestu ad infamiam aut contumeliam alicujus

composito fiunt: οὔτε γὰρ ἡ μέντοι ἡ ἀλόγῳ, ἀνὰ
καὶ ἡ κατὰ πᾶν ἔργον αἰσχρόν. *Eustath. ad odiss. α.* adde
Damhoud. prax. crim. c.140. Thess. ant. dec.22. 9.

Convitium factum) *l. item apud 15. §. ait Prætor.*
2. & seqq. hoc tit. l. 5. C. eod. hæc injuria verbalis
est. Convitium, auctore Ulpiano, dicitur, vel
à concitatione, vel à conventu, hoc est, à collatio-
ne vocum. Nam cum in unum complures voces 2
conferuntur, id *convitium* appellari ait, quasi *con-*
vitium. Atque ex eo apparere; non omne male-
dictum convitium esse: sed id solum, quod cum
vociferatione dictum est; sive unus sive plures in
cœtu dixerint: quod autem non in cœtu nec vo-
ciferatione dicitur; convitium non propriè dici,
sed infamandi causa dictum; *d. l. item apud, §. con-*
vitium 4. & §. ex his 9. cum seq. Verùm hanc ety-
mologiam & definitionem Jurisconsulti repre-
hendit *Laur. Vall. 6. elegant. 52.* negans, usquam
apud probatos Auctores reperiri hanc differen-
tiam custoditam inter convitium & maledictum.
Inter quæ (si qua est) hanc fore ait: quòd con-
vitium est maledictum contumeliosum; nec uti-
que vociferatione semper convitium fieri. Idque
probat primùm auctoritate Quintiliani & Cice-
ronis; cujus verba in oratione pro Cælio hæc
sunt: *Maledictio nihil habet propositi præter con-*
tumeliam: quæ si petulantius jactatur; convitium:
sin facetius; urbanitas nominatur. Atque ita quo-
que vox convitii usurpatur in *l. 5. C. hoc tit.* Quic-
quid sit, etiam verbis citra convitium injuriam
fieri posse constat: veluti, si quis non debitorem
quasi debitorem appellaverit, *d. l. item apud 15.*
§. si quis 33. eod. aut si quis puellam blandis ver-
bis sollicitet ad stuprum, *d. l. item apud, §. appel-*
lare, 20. Tria ferè hic quæri solent. Primum est:
An veritas convitii excuset injuriantem. Inter- 3
pretes vulgò respondent: Excusare, si id quod ob-
jicitur tale est, ut publicè intersit illud sciri: ve-
luti si quis latro, homicida, adulter, sacrilegus
appelletur; eòque pertinere responsum Juriscon-
sulti, *in l. eum qui 18. in pr. hoc tit.* ubi ait: Eum, qui
nocentem infamavit, non esse bonum & æquum
condemnari; peccata enim nocentium nota esse
oportere & expedire. Hoc autem vel maximè pro-
cedet, si infamaverit apud Magistratum: quoniam
tum omnino præsumitur fecisse, ut super objecto
crimine, quod tamen utique probare debet, inqui-
sitio institueretur. Aliàs si ex circumstantiis ani-
mus injuriandi adfuisse arguatur: veluti si in rixa
id fecerit odio impulsus; petulantiam istam impu-
nitam relinqui non debere, *l.3. C. de off. rect. prov.*
Sin autem quod objicitur innotescere nihil inte-
rest: puta si alter pœnam delicti sui sustinuerit,
aut si vitium naturale objiciatur, claudus aliquis,
luscus aut gibbosus vocetur; veritatem convitii
non excusare, quominùs animo injuriandi id fa-
ctum præsumatur: contrarii tamen probationem
hic admittendam, *arg. l.5. Cod. eod. Ita ferme Go-*
mez. 3. resol. 6. num.2, Myns. 4. observ. Gail. 2. ob-
serv. 99. Covarr. 1. resol. 11. num.6. & 7. Clar. lib. 5.
§. Injuria num. 15. Vresemb. parat. n.8. Atque hanc
distinctionem passim in judicando servari; tradit

Christin. vol.4. dec.202. n.32. add. D. à Sande lib.5. tit.8. defin.7. Alterum est: An injuriantem relevet præfatio honoris aut protestatio non animo injuriandi; veluti si quis dicat: Tu es mendax, absit dicto contumelia, aut salvo honore tuo. Communis sententia est: Non relevare; quia protestatio contraria facto nihil operatur: atque ita etiam pronunciari solet, *vid. Gail. 2. obs. 101. n.1. Guid. Pap. dec.465. in fin. Covar. 1. resol. 11. n.1. Clar. lib.5. §. injuria 13. Ant. Fab. Cod. suo, hoc tit. dec.1. n.3.* Tertium est: An verbis factam injuriam
5 verbis retundere liceat. Vulgò placet licere: quippe ignoscendum ei, qui se ulciscitur provocatus, *arg. l. qui cum 14. §. si libertus 6. de bon. libert.* Cæterùm non quibuscumque verbis injuriam illatam repellere fas est: non iis quæ ad vindictam tendunt: sed tantùm quæ pro defensione honoris proferuntur ad removendum crimen objectum: puta, qui vocavit aliquem latronem aut furem; ei non licet ea crimina retorquere, ut dicat: Tu ipse es latro aut fur; quoniam hoc tendit ad vindictam: at impunè dici poterit: Tu mentitis: cùm hoc tendat ad defensionem honoris & innocentiæ, vid. *Mynf. cent.5. obs.17. Gail. 2. obs.100. Tulden. in Cod. h. t. n.4.*

Sive cujus bona quasi debitoris] Quia cujus bona ex edicto possidentur, ejus fama & existimatio cum bonis simul possidetur, *ut ait Cicero pro Quin.* Est autem hæc Injuria realis: cui similis species est quæ proponitur *in l. si injuriæ 20. hoc tit.* Ait: *Ab eo qui intelligebat*; nam injuria, ut in hoc argumento accipitur, non fit sine proposito & affectu facientis, *l.3. §.1. hoc tit.*

Ad infamiam alicujus libellum, aut carmen] Ad injuriam verbalem cum plerisque retulimus etiam eam, quæ scriptura fit: cujus species atrocissima est famosus libellus; sive, ut Veteres locuti sunt, Malum carmen. Nunc vulgo Pasquillus vocatur ex eo, quòd Romæ ad truncam Pasquini cujusdam statuam hujusmodi scripta affigi soleant. Pœna mali carminis ex lege duodecim tabularum capitalis fuit; ut apparet ex loco Ciceronis 4. *de republ.* quem citat Augustinus 2. *de civ. Dei, cap.9. Nostræ, inquit,* XII. *tabulæ, cùm perpaucas res capite sanxissent; in his hanc quoque sanciendam putaverunt: Si quis carmen condidisset, quod infamiam faceret, flagitiumve alteri. Præclarè, judicii enim ac Magistratuum disceptationibus legitimis propositam vitam, non Poëtarum ingeniis, habere debemus: nec probrum audire, nisi ea lege, ut respondere liceat, & judicio defendere.*
6 Sed pœna capitis postea sublata videtur: nam lege Cornelia auctor famosi carminis intestabilis esse habetur, *l. 5. §. si quis 9. hoc tit.* ubi Ulpianus scribit: *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret; etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine, de ea re injuriarum agere licere: & si condemnatus sit, qui id fecit; intestabilem ex lege esse juberi.* Novissimè id iterùm capite sancitum posteriorum Principum Constitutione, quæ extat *in l. unic. C. de famos. libell.* qua Constitutione eadem pœna etiam is plecti jubetur, qui libellum inventum, quem abolere debebat, in notitiam aliorum protulit. Quid ergo si auctorem indicavit? Idem adhuc dicendum censet Salicetus *in d. l. un.* quem sequitur *Schneid. hic n.5.* non quòd auctorem edens puniatur, quasi ipse auctor sit; sed ob delictum pro- 7
prium; quippe utrumque flagitiosum esse & componere famosum libellum, & publicare. Verùm hoc aliis displicet, & meritò. Nam illum demum lex punit, quem auctorem esse præsumit: Indicanti verò auctorem etiam præmium alibi decernitur, *l.5. §. ult. hoc tit.* ita ut hoc rectè factum compenset invidiam non aboliti scripti: cùm nec convinci auctor possit, si scriptum aboleatur; ut disputat *D. Tuld. hic cap.3.* Cæterùm tum demum 8
pœna capitis prædicta Constitutione imponitur, si in libello capitale aliquod crimen objicia ut ad creandum alicui periculum. Tunc enim talioni locus est: ut eadem animadversione coerceatur auctor, qua coerceri meretur crimen illud, quod in libello objicitur. Aliàs verò mitiùs & pœna extraordinaria hoc genus petulantiæ vindicatur; secundùm *Gloss. Petr. Cyn. Salic. Angel. in d. l. un. Ioan. de Plat. & Schneid. hic, Gomez 3. resol.6. n 1. Christin. vol.4. decis.202. num.36.* Quod autem D. Vvesemb. *in add. ad Schneid.* notat: Pro famoso libello eam solùm scripturam haberi, in qua objicitur speciale, certum, & capitale crimen, puta latrocinii, cædis, adulterii: sin autem nullum tale crimen objiciatur, sed aut contumelia aliqua, qua existimatio læditur, ut si quis spurius in scripto nominetur: aut in genere criminis arguatur, veluti si appelletur flagitiosus, scelestus, nebulo, &c. libellum famosum non esse, sed simplicem scriptam injuriam: id, si quidem vim rerum nominumque spectes, perperam dicitur. Non malè autem, si consideres, quòd hodie auctor libelli non aliter capite punitur, quàm si certum & capitale crimen objiciat. Jus Canonum hanc pœnam mutavit in flagellationem rei atque excommunicationem, *cap.1. & 3. cap.5. q.1.* Atque hodie generali consuetudine pœna famosi libelli capitalis esse desiit, *Clar. §. fin. q 68. n.25. & Baiard. in add. ibid. num.64. & seq. Zypæ, not. jur. Belg. Groenev. de ll. abrog. Cod. de fam. libell. Perez. ibid. in fin.*

Qui matremfam. aut Prætextatum Prætextatamve assectatus] Assectatur, qui tacitus frequenter 9
sequitur. Assidua enim frequentia quasi præbet nonnullam infamiam *Ulp. l. item apud 15. §. aliud 22. hoc tit.* Quibus verbis meo judicio Jurisconsultus significat: assectationem propterea turpem esse, quia videtur quis quasi scortum sectari. Nam & hodie quoque solent homines improbi, dum fugillare volunt matronæ aut puellæ opinionem, in publico eis adambulare, quasi scortum ad locum constitutum sectantes. Materfamilias dicitur quælibet mulier honesta, sive nupta sit, sive vidua, *l. probrum 46. §.1. de verb. sign.* Prætextati dicebantur, qui prætexta adhuc & bulla utebantur: quod fiebat usque ad annum decimum

mum

mum septimum; quo tempore togam virilem sumebant, deposita prætexta puerili; ut meminit Cicero *in proœmio Lælii*. Hinc Ætas prætextata Gellio *lib.1. noct. cap.23.* Mores prætextati Juvenali *satyr.2.* Sermo prætextatus, qui aliis est fermo apertè obscœnus; *Sveton. in Vespas. Macrob. 1. Saturnal.* aliis qui nihil obscœnitatis habet. Prætextatum enim sermonem quidam ab eo dictum putant, quòd prætextatis nefas sit obsceno verbo uti. Alii dici putant, quòd nubentibus depositis prætextis à multitudine puerorum obscœna clamentur, auctore Festo. Vide Budæum *ad l. ult. de senat. Ioan.Brican. in d. satyr. 2. vers. Sic Prætextatos referunt Artaxata mores*. Prætextatæ etiam puellæ dicebantur ingenuæ & innuptæ à prætextis, quas nubentes deponebant.

Pudicitia attentata. Attentari pudicitia alicujus dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat: & qui attentat, injuriam facit, atque hac actione tenetur, *l.9. §. ult. cum l. seq. hoc tit.* Ut ecce: si quis puellam aut matronam sollicitet ad stuprum; injuriam ei facit: hoc enim ipso significat, se jam opinionem aliquam de inconstantia morum ejus concepisse. Prætor appellandi verbo usus est; ut apparet ex *d. l. item apud §. appellare 20. & §. aliud 22.* Appellare, ait ibi Jurisconsultus, est blanda oratione alterius pudicitiam attentare. Quod quidem non est convitium facere, sed alia verbalis injuria.

TEXTUS.

Qui & per quos injuriam patiuntur. De parente & liberis, viro & uxore, socero, & nuru.

2. *Patitur autem quis injuriam non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet; item per uxorem suam; id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris; non solùm filiæ nomine tecum injuriarum agi potest: sed etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem: si viro injuria facta sit; uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores à viris, non viros ab uxoribus æquum est. Sed & socer nurus nomine, cujus vir in ejus potestate est, injuriarum agere potest.*

COMMENTARIUS.

Patitur quis injuriam non solùm directò per se; sed etiam obliquè per alias personas. Per alios patiuntur: pater per liberos, quos in potestate habet: dominus per servus: maritus per uxorem: socer per nurum, cujus vir in potestate ejus est. Etenim ad nos quoque spectat injuria, quæ iis fit, qui vel potestati, vel affectui nostro subjecti sunt, *l.1. §.3. hoc tit.* Injuria funeri testatoris vel cadaveris post aditam hæreditatem facta; hæredi quodammodò facta censetur. Semper enim hæredis interest defuncti existimationem purgare. Idemque est, si fama ejus, cui hæredes extitimus, lacessatur. Si verò id ante aditam hæreditatem fiat; magis hæreditati fieri videtur: & sic hæredi per hæreditatem acquiritur, *d. l.1. §. & si 4. & §. quoties 6.*

Per liberos quos in potestate] Hic immediatè ipsis liberis fit injuria, & mediatè per liberos patri, qui & suo & liberorum nomine injuriarum agit. Nam & ipsi quoque filio injuria fieri dicitur; persecutio tamen injuriæ patri tantùm datur, non filio: nisi pater aut præsens non sit, aut sit vilis abjectæque conditionis persona, *l. sed si 17. §. ait prætor 10. cum §§. seq. l. pater 41. hoc tit. l.2. C. eod.* Addo tertium: nisi pater præmortuus sit. Itaque quod dicitur *in l.1. §. ult. eod.* Filiæfam. actionem competere; sic accipiendum est, ut tamen solus pater eam suo jure exerceat. Quod ex eo etiam intelligitur: quòd pater illatam filio injuriam remittere & condonare potest, *d. l. sed si 17. §. planè 12.* Planè ex lege Cornelia pater injuriarum non agit; sed ipse filius: patri autem prætoria actio competit, *l.5. §. illud 6. & seq. eod.* Usque adeò autem injuria, quæ liberis nostris fit, ad nos pertinere intelligitur, ut etiamsi illi ultro quid injuriosum patiantur; adhuc tamen nostro nomine eam injuriam persequi nobis liceat, *d. leg. §. usque 5. l. si quis 26. eod.*

Per uxorem] Etiam per uxorem injuria intelligitur fieri marito. Et ideò non tantùm uxor, si sui juris est, injuriam sibi factam exequi potest: sed etiam maritus suo nomine agere, tamquam per latus uxoris sibi quoque simul injuria illata sit, *l.1. §. ult. l. non solùm 11. §. quamquam 7. l. eum qui 18. §.2. eod.* quod in sponso quoque & sponsa receptum est, *l. item apud 15. §. sponsum 24. eod.*

Filiæ alicujus, quæ Titio nupta] Hic igitur ex una injuria tribus personis actio nascitur; Titio marito; uxori Titii; & patri uxoris: neque ullius actio per alium consumitur, *d. l. §. ult.*

Uxor injuriarum agere non potest] Si viro facta sit injuria, uxor non agit, *l.2. eod.* Cujus rei causa hæc esse videtur: quia uxores virorum, non contra viri uxorum dignitatem participant, *l.6 de senat.* Quare qui uxoris dignitatem violat, simul mariti dignitatem, quæ in ea inest, violare intelligitur; non contra: ὅτι ὁ ἀνήρ ἐστι κεφαλὴ τῆς γυναικός. *Paul. ad Ephes. c.5. vers.23.* Planè si injuria marito facta directò quoque tendat ad contumeliam uxoris, veluti si quis maritum appellet lenonem uxoris suæ: hoc casu etiam uxori actionem competere statuunt Interpretes.

Sed & socer, &c.] Itaque nomine injuriæ factæ filiæfamil. nuptæ filiofam. quatuor personæ actionem habebunt; illa ipsa; pater ejus; & maritus, & socer, per *hunc text.* Contra quem socero actionem denegat *D. Tulden. c.9.*

TEXTUS.

De servo.

3. *Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & uxores; sed ita: quum quid atrocius commissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini respicit: veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit; & in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit; nulla in eum actio domino competit.*

COMMENTARIUS.

DUo hic docemur. 1. Servis qua servis non intelligi injuriam fieri; adeò contemptos & pro nullis habitos apud Romanos fuisse. Proinde si servo convitium factum sit, aut pugnus impactus; ne domino quidem actionem injuriarum competere convenit, *l. item apud 15. §. itaque 44. hoc titul.* 2. Si quid atrocius in servum admissum fuerit, & quod apertè ad contumeliam domini respiciat; dominum suo nomine injuriarum agere posse, quasi hic non servo, sed ipsi domino injuria illata sit, *d. l. item apud §. si quis 35.* Ex quibus efficitur, leviorem injuriam servo factam, veluti si leviter percussus sit, vel maledictum ei leviter; ad sugillationem domini factam non videri: alioqui utique domino actio daretur, *d. l. item apud 35. junct. §. 44.* Deinde ne atrociorem quidem vindicari, nisi appareat, eam servo factam in contumeliam domini. Et hoc quidem effici summi juris ratio, quo servi pro nullis habentur. Cæterum Prætor, ut passim, ita hic quoque æquitatem secutus, graviorem injuriam licet servo factam & citra contemplationem domini inultam non relinquit. Et esset sanè perabsurdum, inultum prorsus manere, si quid atrocius privato odio & libidine in servum sit designatum. Igitur hoc casu dominus injuriam servo factam persequetur nomine servi; *d. l. item apud, §. prætor 34. cum seq. & §. Prætor 43. cum seq.*

TEXTUS.

De servo communi.

4. *Si communi servo injuria facta sit; æquum est: non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri; sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria.*

NOTÆ.

4. *Ex dominorum persona*] Per enim absurdum esset, duobus impari dignitate prædictis parem injuriam interpretari; veluti si unus sit Senator, alter persona humilis, *§. 9. infr. eod.* Nec obstat *l. 16. eod.* Vide plura in comment.

COMMENTARIUS.

OB injuriam servo communi factam singulis dominis pro ratione dignitatis ipsorum actio datur. Cujus rei summa æquitas est: nam quod in disjunctis valet, etiam in conjunctis valere par est. Denique si ubi major est dignitas, ibi major & atrocior injuria infertur, *§. atrox 9. infr. eod.* iniquum esset, duobus impari dignitate prædictis parem injuriam interpretari. Quòd si alterius injuria major est. [cùm fortè is Senator sit, alter persona humilis] majorem quoque pœnam statui oportet. Neque obstat, quod ex Pedio Paulus refert *in l. sed non 16. eod.* Non esse æquum, in casu proposito pro majori parte condemnationem fieri, quàm pro qua quisque dominus est. Quoniam ibi non quæritur, utrùm ex persona dominorum injuria æstimanda sit, an pro portione dominica; sed utrùm id quod in fine legis præcedentis dictum erat; *sc. §. ult. l. 15. eod.* Omnes dominos actionem habere, sic accipiendum sit, ut omnes habeant in solidum, an pro parte dominica dumtaxat; & respondetur: Actionem quidem omnes habere; sed non pro majore parte, quàm pro qua domini sunt. Ex quo minimè efficitur, in æstimanda ea portione personam & qualitatem dominorum non simul spectari: imò verba Pauli contrarium arguunt; cum portiones officio judicis æstimari dicit.

TEXTUS.

De servo fructuario.

5. *Quòd si ususfructus in servo Titii est, proprietas Mævii; magis Mævio injuria fieri intelligitur.*

COMMENTARIUS.

SI servo injuria facta sit, in quo unus proprietatem, alter usumfructum habet; magis est ut proprietario injuria facta intelligatur quàm ei, qui habet usumfructum, *leg. item apud, §. ante pen. eod.* Quod enim ususfructus alienus est; id non efficit, quò minùs res tota adhuc nostra esse dicatur, *l. rectè 25. de verb. sign.* Sed hoc obtinet in re dubia servoque atroci injuria affecto. Nam si apertè in contumeliam usufructuarii verberatus sit; usufructuario injuriarum actio datur; *d. l. item apud §. pen.*

TEXTUS.

De eo qui bona fide servit.

6. *Sed si libero homini, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit; nulla tibi actio dabitur: sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit; tunc enim competit & tibi injuriarum actio. Idem ergo est & in servo alieno bona fide tibi serviente,*

ut toties admittatur injuriarum actio, quoties in tuam contumeliam injuria ei facta est.

Commentarius.

Si iis, qui nobis bona fide serviunt, injuria facta sit: siquidem liberi sunt, nulla nobis actio competit, sed ipsi suo nomine experiri possunt; sin servi alieni; dominus injuriarum agit. Sed & hic si in contumeliam nostram pulsati sunt, non domino, sed nobis actio datur, *d.l. item apud*, §. *antepen. & pen. eod.* His consequens est, ut si famulo, mercenario, procuratori, vel subito alicujus injuria facta sit, dominus ex hac injuria non aliter agere possit, quàm si in ejus contumeliam illata sit: verbi causa, mandata ejus exponentibus vel exequentibus; *Gom. 3. res. 6. n. 6. Schneid. hic, nu. 2. Tuld. cap. 9.*

Textus.

Pœna injuriarum ex L. XII. Tab. & ex jure Prætorio.

7. Pœna autem injuriarum ex lege 12. tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os verò fractum nummaria pœna erant constituta, quasi in magna Veterum paupertate. Sed postea Prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam æstimare, ut judex vel tanti reum condemnet quanti injuriam passus æstimaverit; vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex lege 12. tabularum introducta est, in desuetudinem abiit: quam autem Prætores introduxerunt, (quæ etiam honoraria appellatur) in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis vitæque honestatem crescit aut minuitur æstimatio injuriæ. Qui gradus condemnationis & in servili persona non immeritò servatur, ut aliud in servo actore, aliud in mediis actus homine; aliud in vilissimo vel compendito jus æstimationis constituatur.

Notæ.

7. *Propter membrum ruptum talio*] Nisi reus desperatus esset de talione redimenda; Gell. 20. cap. 1. Talio reciprocam pœnam & parem vindictam significat; Fest. *in talionis*, *l. 3. Cod. Theod. exh. reis*. Quæ etiam imposita lege Mosaica; *Exod. 21. Levit. 22. Deut. 15.* Joseph. *antiq. 4. cap. 6.*

In desuetudinem abiit] Cujus desuetudinis causa fuit Neratius homo insigniter improbus, qui viginti quinque assibus datis pro oblectamento habebat os liberi hominis depalmare, Gel. *d. loc.*

Commentarius.

1 *Quæ quarum injuriarum pœna ex lege 12. tab.*
2 *Institutio Prætorum quomodò injuriæ vindicentur.*

Injuriæ & legibus coercentur & edicto Prætoris. Lex antiqua XII. tabularum de omni injuria nominatim cavit; de carmine seu libello famoso, de membro rupto, de osse fracto; deque cæteris injuriis omnibus, quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri ossisve ruptionem; ut constat ex Gellio *lib. 20. noct. 1.* & Paulo *lib. 5. sent. 4.* De pœna famosi libelli dictum superiùs §. 1. *hoc tit.* Ob membrum ruptum lex pœnam talionis constituit: ob os fractum pecuniariam; uti & ob reliquas injurias leviores, quas quinque & viginti assibus sanxit: nam atrociores (ut de osse fracto) impensiore damno vindicasse, pecuniario tamen; idem eodem loco Gellius testatur, cui & Justin. consentit: sed neuter summam exprimit. Putat Hotomannus, hujusmodi injuriam in homine libero trecentis assibus; in servo centum & quinquaginta vindicatam: alii tot sestertios pœnæ fuisse autumant. Sed non est quòd de eo solliciti simus: quoniam pœnæ legis duodecim diu exoleverunt, aliaque pœna à Prætoribus substituta est, de qua mox videbimus. Cæterùm & lex Cornelia quæ manu fiunt injurias coercet, *vid.* §. *seq.* 1

Talio erat.] Talio similem seu reciprocam perpessionem significat. Impp. dixere reciprocam pœnam, *l. 3. C. Theod. de exhib. reis*. Itaque per talionem parem vindictam lex permittit: quod etiam legi Mosaicæ consentaneum est; *Exod. 21. Levit. 22. Deut. 15.* Joseph. *antiq. 4. cap. 6.* Insectatur hanc pœnam ut iniquam nimisque acerbam & cujus executio procedere quidem possit, Phavorinus Philosophus apud *Gell. d. l. 20. cap. 1.* Cui occurrens Sextus Cæcilius ait: Necesse non fuisse, ut reus talionem pateretur, nisi eam ipse elegisset, quippe qui ex lege facultatem paciscendi habuerit. Sed & talionem ipsam, si reus depacisci nollet, & acerbitatem talionis metueret, ad æstimationem pecuniariam arbitrio judicis redigi necessariò solitam. Nam si reus, qui depacisci noluerat, judici talionem imperanti non pareat, æstimata lite in pecuniam damnatum: atque ita si reo & pactio gravis & acerba talio visa fuerat; severitatem legis ad pecuniæ multam redisse. Verba legis hæc sunt; *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.* Testibus Gellio *d. loc.* & Festo in verbo *Talio*.

Propter os fractum.] Singula ossa membrum non constituunt. Nam, verbi gratia, caput, quod unum membrum numeratur, complura & varia ossa habet. Itaque os frangi etiam sine membri ruptione potest.

Nummariæ pœnæ.] Uti & ob cæteras injurias minùs atroces: sed pœna ossis fracti longè gravior erat quàm reliquarum, quæ tantùm viginti quinque æris fuit, ut supra demonstravimus.

In magna Veterum paupertate.) His verbis Tribonianus innuere videtur, pœnas illas nummarias non fuisse valdè graves: cæterum magnas satis Veteribus visas in magna rei nummariæ penuria. Unde D. Tuldenus se aliquando respondisse refert: multas, quæ antiquis urbium Belgicæ Constitutionibus adversùs percutientes aut vulnerantes aliquem diriguntur, hodie non obtinere. Nam apud majores nostros ut aliarum rerum beatam & facilem copiam, ita nummorum longè quàm hodie minorem fuisse. De maximo veterum Romanorum sub Servio Rege censu; vid. *Halicarnass. lib.1. Gell. lib.11. cap.1. Plin. lib.* 18. *cap.3.*

2 *Sed postea Prætores*] Injuriarum pœna instituto Prætorum priùs ei, cui facta est; deinde arbitrio judicis æstimanda permittitur: ut scilicet is, qui injuria est affectus; ita dicat, *Injuriam mihi factam centum aureis æstimo.* Judex deinde moderetur & refrænet taxationem actoris. Hæc pœna recepta legitima ab usu recessit. Q. Labeo apud Gellium *d. lib.20. cap.1.* refert: fuisse quemdam Lucium Veratium hominem insigniter improbum, qui pro delectamento habebat, os hominis liberi manus suæ palma verberare: eum secutum servulum crumenam assium plenam portitantem, & quemcumque depalmaverat ei numerari statim secundùm XII. tab.25. asses jubebat. Propterea, inquit, Prætores hanc pœnam abolescere & relinqui censuerunt, injuriisque æstimandis recuperatores se daturos edixerunt.

Secundùm gradum dignitatis vitæque honestatem.] Æstimatio injuriæ pro ratione personæ, cui facta est, elationem submissionemve accipit. Idque in persona servi quoque locum habere, tradit hic Justinianus. Nimirùm injuriam etiam servo factam pro honestate aut utilitate muneris, cui à domino præpositus est, aut vitæ morumque, pluris aut minoris æstimari: majorem enim domino injuriam fieri intelligi in servo bonæ frugi; in dispensatore, quàm in malè noto, in mediastino, aut quali quali, *l. item apud 15. §. itaque 44. hoc tit.*

TEXTUS.

De lege Cornelia.

8. *Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quòd se pulsatum quis verberatumve, vel domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitet, sive in conducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex lege Cornelia criminale quidem injuriarum judicium, sed non publicum constitutum fuisse.*

TRes sunt causæ, ex quibus etiam lex Cornelia actionem injuriarum dedit: quòd quis pulsatus verberatusve, domusve ejus vi introita sit, *l.5. hoc tit.* Nam etsi actio prætoria ad omnes injurias pertinebat, tam quæ manu, *l.7. §. 1. & 2. eod.* quàm quæ verbis fiunt; eam tamen non nisi civiliter instituere licebat. Ex lege autem 1 Cornelia criminale judicium constitutum est: quamquam postea receptum, ut ex ea lege civiliter quoque agi possit; *l. constitutionibus 37. §. 1. eod.* Publicum fuisse judicium quidam putant; sed hoc refellit *l. licet 42. §.1. de procur.* & quod generaliter traditum est in *l.7. C. hoc tit.* Causam injuriarum non publici judicii, sed privati querelam continere; ideòque nec inter publica judicia vel in *l.1. de publ. jud.* vel in *tit. ult. hujus libri* numeratur. Utique ex eo quòd in *l.12. in fin. de accus.* mentio fit legis Corneliæ injuriarum; non continuò evincitur, judicium illud publicum fuisse, executionemque injuriæ tamquam delicti publici patuisse omnibus: quod est proprium judiciorum publicorum. Legem hanc tulisse videtur L. Cornelius Sylla, quo tempore Rempub. constituebat bello civili & cædium impunitate ac proscriptione jactatam.

Pulsatus vel verberatus] Ofilius scribit: Verberare esse cum dolore cædere; pulsare, sine dolore, *d. l.5. 1. hoc tit.* Latinæ autem linguæ consuetudinem qui spectat, facilè observabit, differentiam illam non perpetuò servari.

Domum autem accipimus] In lege Cornelia domus nomine etiam conducta & precaria & hospitalis intelligitur, *d. l.5. §.2.* unde hæc descripta sunt. Denique ad domos omnes lex pertinet, in quibus quis non momenti causa inhabitat, licèt ibi domicilium non habeat: tantùm enim ad meritoria vel stabula non pertinet, *d. l.5. §. si tamen 5. eod.*

TEXTUS.

De æstimatione atrocis injuriæ.

9 *Atrox injuria æstimatur: vel ex facto; veluti si quis ab alio vulneratus sit, vel fustibus cæsus: vel ex loco; veluti si cui in theatro, vel in foro; vel in conspectu Prætoris injuria facta sit: vel ex persona; veluti si Magistratus injuriam passus fuerit, vel si Senatori ab humili persona injuria facta sit, aut parenti patronove fiat à liberis vel libertis. Aliter enim Senatoris & parentis patronique aliter extranei & humilis personæ injuria æstimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem injuriam facit; veluti si in oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert, utrùm patrifamilias an filiofamilias talis injuria facta sit: nam & hoc atrox injuria æstimabitur.*

No-

Notæ.

9. *Atrox injuria*] Atrocem injuriam accipimus quasi contumelliosiorem & majorem; *l.7. eod.* Locum hunc illustrat Quintil.*6. Instit.1.*

Si Magistratus] *d.l.7. §.ult.* vide *& l.4. C. eod. Exod.22. vers.28.*

Commentarius.

1 *Pœna injuriæ, Magistratui, Officiali aut Apparitori factæ, quatenus extendatur ex sententia Interpp.*

INjuria quædam levis est; quædam atrox. Quæ sit injuria levis, ex descriptione atrocis simul intelligetur. Atrocem injuriam accipimus quasi contumeliosiorem & majorem, *l.8. §.atrocem 7. hoc tit.* eaque vel specie talis est, neque ipsa & facto: vel ex circumstantiis, loco, tempore, personatum facientis, rum patientis, talis habetur, quamvis per se atrox non sit, *d.l.7.§.ult. cum ll.seqq.* Atque ex his causis injuriæ æstimatio augeri potest, & pœna judicis arbitrio exasperari. Exemplis res illustratur in textu.

Vel ex facto] In æstimanda atroci injuria primùm factum perpenditur; veluti si vulnus illatum sit, si quis fustibus cæsus, aut cui os percussum; *d.l.7. in fin.* vel si vestimenta scissa, aut insigne alicui convitium factum; &c. *l.9. fere per tot. eod.* Itaque pro atroce & illa habenda, quæ fit malo carmine, *Liban. orat.2. ad Theod.*

Vel ex loco] Secundò æstimatur atrocitas injuriæ ex loco, in quo fit; veluti si in theatro alicui injuria fiat, quantumvis per se non atrox. Nam in tanta celebritate vel qualiquali contumelia aliquem afficere, facinus est indignissimum. Idem ergo dicendum est de foro & similibus locis, *hoc text. & d.l.9.§.1. eod.* & denique si injuria facta sit ludis aut in conspectu Magistratus: quæ ad circumstantiam temporis referuntur, *in d.l.7.§. ult. eod.*

Vel ex persona] Postremò & personæ reverentia atrocem injuriam facit; veluti si ei inferatur, qui est in sacerdotio, & dignitatis habitum atque ornamenta præfert, *l.4. C. hoc tit.* vel si liberi aut liberti parentem patronumve injuria afficiant; vel de plebe aliquis Senatorem, virumve ob sapientiam & virtutem venerabilem; aut si Magistratui injuria fiat; *hoc text. & d.l.7. §. ult.* Tertullianus *de anima: Gravis injuria in Præsidem est, cum officia pulsantur: plus caditur qui iubet, quando nec qui obsequitur excusatur.* Hanc autem in-
1 juriam etiam capitali pœna posse compesci; censent Decius *in cap. ex litteris. Cod. de consiliis. Menoch. de arbitr. cas.263.* Quamquam alii interesse putant; utrùm Magistratui, ut cuilibet, an quia utitur Magistratu, id est, ad turbandam administrationem officii, aut in ultionem condemnationis ritè per eum irrogatæ; aut ad seditionis initium incitamentumque quis injuriam inferat: id enim in seditionem cadere aut in legem Juliam de vi publica, cujus pœna est deportatio, *l.3. l. qui dolo 10. per tot. ad l.Iul.de vi publ* quibus assentior. Vide *Tulden. tit.Cod. de pæn.* Offendens apparitorem sive Principis, sive Senatus, sive alterius dominii aut judicis inferioris, gravissimè puniendus est; quòd ea res ad publicam utilitatem tuendamque Magistratuum jurisdictionem pertineat. Sed tamen ex causa aliter atque aliter statui solet; vid. Ant. Faber. *C. suo, hoc tit. definition.6.*

Locus vulneris] Interdum atrox injuria censetur ex loco ictus; veluti si quis in oculo percussus fuerit, *l.8. eod.* Nam oculi, ut Plin. *l. 11. c. 37.* ait, sunt pars corporis pretiosissima, qui lucis usu vitam distinguunt à morte, *ὀφθαλμῶν στέρησις ἀβίωτον βίον ἐργάζεται. Basil.orat.36.* Sed hæc species ad primam referri potest, quæ scilicet ipso facto atrox est.

Vtrùm patrifam. an filiofam.] Utrùm injuria patri an filiof. facta sit; ad augendam aut minuendam injuriæ æstimationem nihil interest; *d.l.9.§.2. hoc tit.* Cujus rei hæc ratio esse videtur; quòd patris aut filiif. nomen non est nomen dignitatis.

Textus.

De judicio Civili & Criminali.

10. *In summa sciendum est: de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et siquidem civiliter agatur æstimatione facta, secundum quod dictum est, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter; officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur. Hoc videlicet observando, quod Zenoniana Constitutio introduxit, ut viri illustres, quique super eos sunt, & per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere secundum ejus tenorem, qui ex ipsa manifestius apparet.*

Commentarius.

1 *Actionem ad palinodiam jure civili incognitam civilem esse, non criminalem.*
2 *In actione criminali pœnam extra ordinem constitui. Civili electa, hanc consumi, & contra.*
3 *Civiliter conventus qua ratione infamiam effugiat. Vbi quadam consuetudine recepta.*

QUemadmodum de furto aliisque maleficiis non tantùm civiliter agi potest, sed etiam criminaliter, *l. ult. de furt. l. de priv. del.* ita etiam de quavis injuria, *hoc text. & l. ult. eod.* In actione civili postulat auctor, ut reus in tantam summam condemnetur, quantam ipse injuriam æstimat. Cæterùm judex eam æstimationem moderari potest, si fortè modum excedere actor videatur: nec ex vero rem metiri, sed, ut

plerumque fit, ex nimio amore & opinione sui, nebulam hic etiam objiciente iracundia, §. *pena 7. sup. eod.* Hæc autem pœna uti pecuniaria est, ita ipsi applicatur atque adjudicatur actori. Et ideò hæc actio opposita criminali civilis dicitur, quamvis prætoria sit ratione causæ efficientis. Porrò quoniam opinione vulgi conviciis maledictis atque exprobationibus honor & fama alterius lædi creditur, & per revocationem opprobrii restitui; ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam seu recantationem, quæ cum actione injuriarum, qua mulcta pecuniaria petitur, nunc ex more seu stylo conjungi & cumulari solet: nam jure civili Romanorum ea actio incognita est. Vir Clarissimus *Ant. Matth. ff. ad hunc tit. c. 3. n. 7.* criminalem hanc esse actionem contendit, *Marant. p. 4. dist. 1. n* 10. Sed falsò: neque enim in hoc institutitur, ut vel corpori pœna infligatur, vel quicquam applicetur fisco; sed tantùm ut honori & existimationi ejus, qui læsus est, consulatur: & alioqui cumulatio ista non admit-
2 teretur. Minf. 2. *obs.* 98. Gail. 1. *obs.* 65. *Vvurmf. 1. pract. tit. 47. obs.* 8. Criminali actione poscitur vindicta in exemplum publicum: atque extra ordinem ex causa & persona arbitrio judicis pœna constituitur, reusque coercetur vel in corpus, vel irrogatione mulctæ: non parti, ut fit in judicio civili; sed fisco applicandæ, *hoc text. d. l. ultim. eod.* Utram autem ex his persecutionibus actor elegerit, unam alteram consumit: quia utraque ad eumdem finem, id est, ad vindictam comparata est, *l. 6. & 7. §. 1. eod. l. unic. C. quand. civil. act. crim.* & ibi Bart. *n.* 1. Gail. *d. obs. n.* 1. Marant. *dist. n.* 5. Matth. *d. loc. n.* 8. Sed & utroque judicio condemnatum sequitur infamia, *l. 7. in pr. l. 1. & 4. §. ult. de his qui not. infr. l. non damnatos* 18. *Cod. eod.* Quam tamen evitare reus civiliter conventus poterit, si curet, ut per procuratorem defendatur, *l. 6. §. 2. d. tit. fac. ratio in l. 1. C. de sent. & intell.* Addunt ergò Interpretes: Si ante sententiam definitivam aut utique ante litem contestatam æstimationem injuriæ solverit, aut actore
3 nolente recipere apud acta deposuerit, *argum. l. si reus* 73. *de procur. Gail. 2. obs.* 102. *num.* 12. *& obs. seq. per tot. Vvurmser. dict. tit. 47. obs. 5. num. 7. Vvesemb. parat. de his qui not. infam. n. 9. Christin. volum. 4. dec. 202. num.* 26. Quod nescio an juri nostro consentaneum sit. Nam textus in *dict. l. si reus, de procur.* commodè accipi potest de iis, qui tantùm damni infames fiunt; non etiam qui & pacti, ut in causa injuriarum: cùm etiam plus fit solvere, quàm pacisci, *argum. l. 4. §. ult. cum leg. seq. junct. l. 7. de his qui not. inf.* Illud quoque non ex ratione juris, sed consuetudine receptum est, ut judex ex causa sententia sua honorem condemnato conservare possit, Gail. 1. *obs.* 65. *num.* 6. *Vvesemb. cons.* 22. *n.* 26. *Marq. Freher. de existim. lib. 3. cap. 8. & seq. Christin. vol. 4. num. 20. dec.* 202. Equidem non ignoro juris esse, ut gravior pœna ultra legem imposita existimationem conservet, quasi sententia de existimatione transactum sit, *l. quid ergo* 13. *§. pen. de his qui not. infam. l. 4. Cod. eod.* Cæterùm si sententia pœnam ordinariam non excedat; valet legis auctoritas, *l. 1. §. quoniam 4. ad S. C. Turp.* & regula tradita in *l. non poterit* 63. *de furt. Zas. in l. acta 45. §. de amplianda, de re judic.* Donell. 18. *comm.* 8.

Viri illustres & per procuratores] Ad actionem civilem quod attinet, agere quis injuriarum & per se & per procuratorem potest, *l. non solum* 11. *§. 2. h. t.* criminaliter non potest, nisi per se propter inscriptionem in crimine. Cæterùm Zeno Constitutione sua illustribus, veluti Consulibus & patriciis, & superillustribus personis specialiter permisit, ut injuriarum judicium per procuratorem etiam criminaliter vel suscipere vel movere possint, *l. ult. C. h. t.* De consuetudine autem Belgii in causa injuriarum procuratores indifferenter admitti testatur *Christin. vol. 4. decis.* 202. *n. 7. Bus. l. licèt 42. §. 1. de procur.*

TEXTUS.

Qui tenentur injuriarum.

11. *Non solùm autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id est, qui percussit; verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit injuriam, vel qui procuravit, ut cui mala pugno percuteretur.*

COMMENTARIUS.

Actio injuriarum non solùm adversùs eum datur, qui re ipsa injuriam fecit; verùm adversùs eum quoque, qui subornavit aliquem, ut faceret, *l. non solùm* 11. *pr. h. t.* puta mandando, instigando, consilium dando, *d. l. 11. §. 3. add. quæ notamus ad §. illud 7. sup. de mand.*

TEXTUS.

Quomodò tollitur hæc actio.

12. *Hæc actio dissimulatione aboletur: & ideò si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum suum non revocaverit; posteà ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.*

COMMENTARIUS.

1 *Remissa injuria adhuc peti posse impensas, &c.*
2 *Cur dissimulatione injuria aboleatur.*
3 *An idem obtineat & in reali injuria.*
4 *Plures species tacitæ remissionis: inter eas non esse communionem Cœnæ dominicæ.*
5 *Annus in actione injuriarum utilisne intelligendus, an continuus: & ex quo tempore currat.*
6 *Actionem injuriarum ex lege Cornelia perpetuam esse.*

Inju-

INjuriarum actio tollitur remissione injuriæ. Eaque vel expressa; puta si quis cum ad-
1 versario paciscatur de lite, aut transigat: quod in actionibus, quæ ex contractu proficiscuntur, facere licet etiam absque infamiæ nota; *leg. 7. hoc tit.* atque hoc modo ipso etiam jure hæc actio tollitur; *leg. si tibi* 17. §. 1. *l. si unus* 27. §. 2. *de pact. l. sed si* 17. §. *si ante* 6. *hoc tit.* Quin & absente atque ignorante adversario injuriam remitti posse, censent juris nostri Interpretes. Cæterum remissa injuria, nihilominus peti possunt impensæ curationis & pretium intermissarum operarum, si
2 fortè vulnus illatum, membrum aut os fractum: quippe quæ ob damnum, non ob contumeliam debentur; *leg. item apud* 15. §. *si quis* 46. *eod. Clar. lib.* 5. §. *fin. q.* 58. *n.* 38. *Covar.* 2. *resol.* 10. *n.* 7. *Gomez* 3. *res.* 3. *n.* 37. Vel tacita; veluti si quis sine ullo offensæ aut commoti alienative animi indicio injuriam excepit; ut hic docet Justinianus ex Ulpiano in *d. leg.* 11. §. 1. *hoc tit.* Ubi Jurisconsultus ait: Injuriarum actionem ex bono & æquo esse, & dissimulatione aboleri, si quis injuriam illatam statim ad animum non revocaverit. Quibus verbis significat; dissimulationem esse speciem quamdam condonationis & remissionis injuriæ; iniquum autem esse repeti, quod semel
3 remissum est. Et profectò cùm actio injuriarum non persequatur damnum aliquod pecuniarium, sed tantùm ad vindictam tendat; is qui dissimulat, nec ad animum injuriam revocat, eam insuper habere videtur, & tacitè condonare ac remittere: atque hinc est, quòd clausula hæc libello inseri solet; Quòd actor injuriam sibi factam ad animum revocaverit. Hoc autem obtinere quidam volunt in injuria verbali dumtaxat. In reali verò; puta si vulnus inflictum, si quis fustibus cæsus, conjecturam illam non sufficere. *Tulden. hic cap. ult.* Dissimulationis quoque & tacitæ remissionis species quædam videtur, si quis cum
4 eo, à quo injuria affectus est, familiariter postea fuerit conversatus; *Clar.* §. *injuria, nu.* 10. *Damhoud. prax. crim. cap.* 136. *n.* 10. Utique si sponte & motu proprio. Nam verbi causa, si ad commune convivium vocatus cum adversario venerit; non ideò censetur remissa injuriarum actio. Sicut nec communione cœnæ dominicæ; uti definivit Curia Frisiæ, teste D. *Ioan. à Sande lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 12. *Ant. Matth. ff. ad hoc tit. num.* 15. quem vide *Nal tai.* Item si injuriam passus lite non instituta decesserit: nam ideò hæredi ejus non datur, cùm cæteræ actiones pœnales etiam hæredibus competant; *leg. injuriarum* 13. *in pr. hoc tit.* §. 1. *infr. de perp. & temp. act.* Et denique si tempus instituendæ huic actioni præfinitum elabi passus sit, annum nimirum unum; *leg. sed si* 17. §. *si ante* 6. *in fin. hoc tit. leg.* 5. *Cod. eod.* Utrùm autem hic annus continuus sit, an utilis; ambigitur. Continuum intelligi debere communis DD. schola existimant; *Clar. d.*
§. *injuria nu.* 9. *Mynf.* 5. *obs.* 7. quæ sententia 5
etsi usu forensi recepta est; de jure tamen verior videtur eorum, qui utilem accipiunt; per text. in *leg. item si* 14. §. *si in causa* 2. *quod met. cap.* & facit quòd in cæteris prætoriis annalibus annus utilis intelligitur; ut constat ex dictis, quibus proponuntur. Dicitur autem tempus utile, cum ratione decursus, ut in eo non computentur dies, quibus experiundi aut judicis adeundi potestas non est; *leg.* 1. *in fin. de divers. & temp. præscr. leg.* 3. §. *ultim. de accus.* tum ratione initii, quod non incipiat currere ignoranti aut experiri impedito; *d. leg.* 1. *de div. & temp. præsc. leg.* 2. *quis ord. in bon. poss.* atque hoc saltem respectu utilem hic annum accipiendum, qui à die scientiæ demum currat; Contra *Oldend. class.* 7. *act.* 10. *Schneid. ad* §. *sed & 8. hoc tit.* & alios quosdam, rectè docent *Gail.* 2. *obs.* 105. *Mynf.* 5. *obs.* 7. *num.* 7. *Fachin.* 9. *contr.* 8. *Christin. vol.* 4. *decis.* 202. *num.* 8. 9. & 10. Planè quod dicimus: Actionem injuriarum anni spatio finiri; id tantùm pertinet ad actionem prætoriam: nam eam, quæ ex lege Cornelia injuriarum competit, verius est, perpe- 6
tuam esse, uti sunt & cæteræ, quæ ex legibus & jure civili descendunt; *inf. de perp. & temp. actio. in pr. Clar. d.* §. *injuria n.* 9. *Marant. part.* 4. *distinct.* 1. *nu.* 59. *Fachin.* 9. *controv.* 7. quod etiam rerum judicatarum auctoritate confirmatur: *Mynf. observ.* 84. & 5. *observ.* 7. *Gall.* 2. *observ.* 105. *VVurmser. tit.* 47. *de injur. observ.* 1. *dec. Cur. Holl.* 13. *D. Ioan. à Sande lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 3. Non obstat huic sententiæ *leg.* 5. *C. hoc tit.* Nam illa non de omni injuria loquitur, sed de verbali dumtaxat; quo nomine constat ex lege Cornelia injuriarum agi non posse.

TITU-

TITULUS V.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 9. Tit. 3. C. Lib. 47. Tit. 5.

Continuatio. Quid sit quasi maleficium, & unde ita dictum.

QUarta & ultimæ obligationis causa est Quasi maleficium; de quo exponendo hic solus locus superest. Quasi maleficium est omne factum, quo quis propriè quidem dici non potest deliquisse; sed tamen quod maleficio est proximum. Etenim ut quædam sunt negotia, quæ licèt revera contractus non sint, tamen ad fines contractuum proximè accedunt, & ideò quasi contractus nominantur; ita quædam etiam sunt facta, quæ quamvis propriè in speciem aliquam delicti non cadant, tamen similitudine quadam ad delicta propriùs accedunt, quàm ad contractus: quæ ideò nostri quasi maleficia & quasi delicta appellaverunt: quorum quatuor species *hoc tit.* proponuntur & explicantur.

TEXTUS.

Si judex litem suam fecerit.

Si judex litem suam fecerit: non propriè ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquid intelligitur licèt per imprudentiam; ideò videtur quasi ex maleficio teneri: & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videatur, pœnam sustinebit.

COMMENTARIUS.

1 *Cur judex per imperitiam malè judicans non æquè ex delicto obligetur ac Medicus malè curans: & circa hoc mores hodierni.*

2 *Cur, adversùs quem; qua de re, ex hac causa actio detur.*

3 *Dolus judicis quomodò puniatur.*

SPecies quasi maleficii & prima ex iis, quæ hoc titulo proponuntur est: Si judex malè per imprudentiam judicaverit; quò etiam hoc factum refert Gajus, *l. 5. §. si judex 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn.* unde ad verbum hic locus descriptus est. Ajo per imprudentiam; nam dolo malo interveniente verum id delictum est. Dices: Et per imprudentiam sive imperitiam aliquem lædere verum esse delictum; quippè cùm sit culpa ideò enim Medicum malè per imperitiam secantem aut curantem ex vero delicto obligari & teneri lege Aquilia; *§. imperitia 7. supr. de leg. Aquil.*
Cur igitur non item dicimus, judicem perperam 1
per imprudentiam judicantem ex vero delicto obstringi, sed tantùm quasi ex delicto? Nimirum quia medicis periculosam imperitiam delicto subjicit temeraria professio scientiæ; Judex autem non professione jurisprudentiæ censetur; sed publica auctoritate constituitur etiam invitus. Etenim imperitia per se culpa non est: sed in eo, qui peritiam alicujus rei profitetur, in ea re culpæ adscribitur; *l. 9. §. penult. l. item quæritur. 13. §. si gemmt. 5. locat.* Denique casus hic separatus est à lege Aquilia, qua damnum corpori datum duntaxat coercetur; *§. ult. sup. de leg. Aquil.* Moribus hujus ævi neque errata Medicorum in judicium vocari solent; ut alibi quoque notavimus: neque judex ex sententia sine dolo malo tantùm per imperitiam prolata tenetur; sed iniquitati sententiæ occurrendum est remedio appellationis testis *D. Tulden. hic cap. 1. & Ioseph. Ludovic. dec. 1. n. 50. Baro comment. part. ult. Burgon. lib. 1. de leg. abrog. Satyr. 2. & 124. add. Papon. lib. 16. tit. 2. artest. 12. 13. 14.*

Litem suam fecerit] Litem suam facere judex
malè judicando ideò dicitur, quia periculo litis se 2
obstringit, causamque ejus, secundùm quem pronuntiatum est, suscipere cogitur, & quasi suam defendere. In summa; quia ex judice fit reus. Cicero *2. de orat. Quid si cum pro altero dicat, litem suam faciat, &c.*

Licèt per imprudentiam] Judex malè judicando litem suam facit, non tantùm cum dolo malo iniquè decernit, sed etiam cum imprudenter sed illo casu ex vero; hoc ex quasi delicto obligatur; *d. l. 5. §. si judex 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn. l. filiusfam. 15. §. 1. de judic.*

Æquum religioni judicantis] Judex, qui per imprudentiam malè judicavit, tenetur quasi ex maleficio actione in factum, & in id, quod ob eam rem æquum judici videbitur, condemnatur salva existimatione; *d. l. ult. de extr. cogn.* Hæc actio iis
constituta est, qui ea sententia læsi sunt; proinde 3
actori, si reus injustè absolutus est; reo, si injuria est condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur; quippe quæ comparata est damni sarciendi causa: aliis autem farciri non potest, quàm quibus datum est. Ei, qui remedio appellationis utitur (quod hodie in casu proposito necessarium est) non est æquum adversùs judicem, à

quo

quo appellavit, hanc actionem dari. Dolus judicis ut verum & infame delictum severiùs vindicatur: nam qui τὴν χεῖρα μισθῶν δέξηται, largitione odio, vel gratia depravatus iniquam sententiam dixisse arguitur; & famæ dispendium patitur; & veram litis æstimationem, ei, quem læsit, præstare cogitur; *leg. filiusfam. 15. §. 1. de judic. leg. ultim. Cod. de pæn. jud. qui malè jud.* Acceptio pecuniæ etiam reum legis Juliæ repetundarum facit; *leg. 3. & 4. de leg. Jul. rep.*

TEXTUS.

De ejectis, vel effusis & positis aut suspensis.

1. *Item is, cujus ex cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret; quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non propriè ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, quà vulgò iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere, quo casu pœna decem aureorum constituta est. De eo verò, quod dejectum effusumve est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem verò liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si verò vivat, nocitumque ei esse dicatur; quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes Medicis præstitas, cæteraque impendia, quæ in curatione facta sunt: præterea operas, quibus caruit aut cariturus est, ob id quod inutilis est factus.*

NOTÆ.

Ob alterius culpam] Habitator suam suorumq; culpam præstare debet; *l. pen. d. tit.*

Positum aut suspensum] *d. leg. 5. §. 5. de oblig. & act. leg. 5. §. 6. cum seq. de his qui effud. vel dejec.*

Pœna decem aureorum] Adversùs eum, qui posuit aut positum patitur, actio in factum in decem aureos datur; *d. l. 5. §. 6.* quæ actio popularis est, id est, cuivis è populo conceditur; *d. l. 5. §. ult.*

Iudex computare debet mercedes] Cicatricum autem & deformitatis nulla fit æstimatio; *d. l. 1. pr. §. 6. l. 5. §. 5. l. ult. eod. tit.*

COMMENTARIUS.

SEcunda species quasi maleficii est, non præcavere, ne quid à domesticis temerè ex cœnaculo aut ædibus dejiciatur aut effundatur, quod transeuntibus nocere possit; *l. 5. §. is quoque pen. de obl. & act.* Unde si quid dejectum effusumve alicui nocuit; constituta est à Prætore actio adversùs eum, qui in eo cœnaculo habitat, unde is casus prodiit; *leg. 1. & pass. de his qui dej. vel effud.*

Vel proprio ipsius vel conducto] Utrùm cœnaculum proprium, aut conductum, aut gratuitò concessum sit; nihil interest. Nam hæc actio in eum datur, qui inhabitat, cùm quid dejiceretur vel effunderetur, non in dominum ædium. Habitare autem dicimus, vel in suo, vel in conducto, vel gratuito. Hospes planè non tenebitur: qui non ibi habitat, sed tantisper hospitatur; sed is tenetur, qui hospitium dederit. Multū autem interest inter habitantem & hospitem, inter domicilium habentem & peregrinantem. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde dejectum est; in quemvis hæc actio in solidum dabitur. Sed si cum uno actum fuerit; cæteri liberabuntur; *d. l. 1. § pen. & ultim. l. 1. 3. & 4. de his qui dej. vel eff.* Si de navi dejectum sit; dabitur utilis actio in eum, qui navi præpositus est; *l. pen. §. ult. eod.*

Dejectum effusumve.] In eum scilicet locum quò vulgò iter fit, vel in quo consistitur. Quod meritò Prætor edixit: quippe cùm publicè intersit, sine metu & periculo per itinera commeari. Ad secreta igitur loca hoc edictum non pertinet: cæterum nihil interest, utrùm publicus locus sit, an privatus, dummodò per eum vulgò iter fiat; *d. l. 1. in pr. §. 1. & 2.*

Ideò non propriè ex maleficio.] Cujus ex ædibus quid dejectum est, quod alicui nocuit; is propriè dici non potest ex maleficio obligatus: quia plerumque ob factum & culpam alterius tenetur. Sed tamen quoniam non creditur prospexisse & cavisse quod prospicere & cavere debebat, ne quid à domesticis, quorum etiam culpam præstare debet; *l. penult. §. 2. eodem titul.* dejiceretur; peccasse aliquid intelligitur: & ideò quasi ex maleficio tenetur.

Positum aut suspensum] Tertia species quasi maleficii est, eo loco, per quem vulgò iter fit, aliquid positum aut suspensum habere, cujus casus prætereuntibus aut in eo loco consistentibus nocere possit; *l. 5. §. is quoque 5. de oblig. & act.* Et adversùs eum, qui posuit, aut positum patitur, puta inquilinum vel dominum, actio in factum in decem aureos datur; *l. 5. §. prætor ait 6. cum seqq. de his qui dejec. vel effund.* Quæ actio popularis est, id est, cuivis è populo conceditur; *d. l. 5. §. ult.* Nam privata esse non potest: quoniam competit, cum nondum cuiquam nocitum est.

De eo quod dejectum, dupli] De dejecto aut effuso ita ut alicui noceret, constituta est ei, cui nocitum est, actio in duplum damni dati; *l. 1. in pr. d. tit.*

tit. Hæc igitur actio gravior est, quàm civilis ex lege Aquilia, quæ non nisi adversùs inficiantem in duplum datur; §. *sed furti* 26. *in fin. de act.* nimirum Prætor securitati viarum & locorum publicorum sic meliùs prospectum iri existimavit. Datur adversùs habitantem, ut supra dictum est: cui rursus consulitur actione in factum adversùs dejectorem; *l.* 5. §. *cum autem* 4. *de his qui dej.*

Ob hominem liberum occisum 50. *aureorum*] Cujus ex cœnaculo dejectum quid hominem liberum occidit, in eum judicium 50. aureorum datur; *leg. in pr. d. tit.* Damni æstimatio hic non fit in duplum: quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest; *d. leg.* 1. §. *sed cum* 5. *eod.* eaque de causa actio ex parte edicti popularis quoque est, & pecunia litem occupantis attribuitur; *d. leg.* 5. §. *hoc autem* 5. *eod. junct.* 12. *de verb. signif.*

Si vivat nocitumque ei esse dicatur .] Hæc verba edicti, *Si vivat nocitumque ei esse dicatur*, non pertinent ad damna, quæ in rem hominis liberi facta sunt; si fortè vestimenta ejus, vel quid aliud scissum ruptumve est; sed ad ea, quæ in corpus ejus admittuntur; *d. leg.* 1. §. *hoc autem* 6. puta si vulneratus sit, aut membro aliquo mutilatus: quo casu quantum æquum judici videbitur actio datur; *d. l.* 1. *in pr.* quæ læso perpetua est; aliis experiri volentibus annua; *d. leg.* 5. §. *hac autem* 5. In litis æstimatione computantur sumptus curationis & operarum amissio: nam cum hujus damni causam dejector attulerit, æquum est, ut id quoque in rationem inducatur, *leg. ultim. d. tit.* Pœna dupli & 50. aureorum ob hominem liberum occisum exolevit: vid. *Granovv. de leg. abrog.* hic & ibi citatos: & adde, quæ notamus *sup. ad pr. n.* 2. & §. *his autem* 9. *item ad* §. *capite tertio n.* 2. *de l. Aquil.*

TEXTUS.

De filiofam. seorsim habitante à patre.

2. *Si filiusfamilias seorsum à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve fuerit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est; Juliano placuit, in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum esse. Quod & in filiofamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit.*

NOTÆ.

2. *In patrem nullam esse actionem.*] Neque de peculio, neque noxalem; *l.* 5. §. *pen. in fin. de oblig. & act.* De peculio ideò non datur: quia hic non ex contractu, aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur; *l.* 1. §. 7. *de his qui effud. l.* 58. *de reg. jur.* Noxaliter autem cum patre numquam agitur, §. *ult. inf. nox. act.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur in proposito in patrem de peculio actio non detur, & num.* 2.

SI ex filiifam. seorsum à patre habitantis cœnaculo quid dejectum effusumve fuerit sive is positum suspensumve quid habuerit, cujus casus nocere possit; non in patrem, sed in ipsum filium judicium datur; *leg.* 5. §. *is quoque penult. de obligation. & action.* In patrem de peculio ideò non datur, quia in specie proposita non ex contractu aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur; *leg.* 1. §. *si filiusfam.* 7. *de his qui dejec.* neque enim vel ob maleficium vel ob quasi maleficium filiifa. ullo modo cum patre agi potest: non actione noxali; §. *ultim. instr. de noxal. act.* non de peculio; *leg. in pœnalibus* 38. *de R. I.* Quippe pater filio peculium concedens præsumitur quidem velle ex facto filii pro modo peculii obligari: cæterum non ex delicto aliove facto, quod pœnam meretur. Planè si judicio cum filio actum sit, isque in certam summam condemnatus; jam pater quoque actione judicati de peculio conveniri potest etiam ejus actionis nomine, ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non potuit; *leg.* 3. §. *idem scribit.* 11. *de pec.* 1

Quod & in filiofam. judice] Filiusfam. judex si litem suam fecerit; non pater sed ipse actione in factum tenebitur; *leg. filiusfam.* 15. *de judic.* Cujus rei eadem ratio, quam superiùs dicebamus: quoniam actio de peculio tum demum in patrem datur, cum filius ex contractu obligatus est: hic autem quasi ex delicto tenetur, ubi scilicet temerè & imprudenter pronuntiavit. Quòd si dolo malo, multò minùs tenebitur pater, quia verum hoc delictum est. Quod autem Ulpianus scribit, in *d. leg. filiusfam.* Qui litem suam fecit, in tantam quantitatem pecuniæ teneri, quæ tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat; id quam rationem habeat, fateor me ignorare. Consuli tamen potuerunt *Accurs. ad d. leg. Cujac.* 13. *obs.* 18. *Ant. Fab. in rationalib.*

TEXTUS.

De damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum est.

3. *Item exercitor navis, aut caupona, aut*

aut stabuli, de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur: si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exercet. Cùm enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversùs eum constituta hic actio: & aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur; ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit; quæ hæredibus quidem datur: adversùs hæredem autem non competit.

Notæ.

3. *Item exercitor navis*] Ex Cajo *leg. 6. §. ult. de obl. & act.* Pertinet huc pars altera edicti *Nautæ, caupones, stabularii*, &c. cujus initium *l. pen. §. ult. d. tit.*

De dolo] *d. l. 5. §. ult.* Cujac. & Hotom. *De damno*. Auctoritatem Flor. codicis secuti & sententiam.

Caupona aut stabulo] Apparet, stabulum hic non accipi pro caupona aut diversorio, ut aliàs sæpè: sed pro loco, ubi jumenta stabulantur, *leg. 5. naut. caup. stabul.* pro ταμεῖῳ κτηνῶν.

Commentarius.

De damno & furto, quod in navi, caupona, stabulo factum est, duæ actiones edicto Prætoris constitutæ sunt adversùs eos, qui navem, cauponam, stabulum exercent; quarum una est ex contractu; altera quasi ex maleficio. Prior est de iis, quæ nautæ, caupones, stabularii à vectoribus aut hospitibus invecta aut illata salva fore receperunt. Constituta est in id, quanti ea res est, quæ salva non restituitur, *leg. 1. naut. caup. stab.* Ex eadem causa est & actio civilis ex locato aut conducto aut deposito; nec tamen ideò otiosa est actio honoraria: quippe quæ etiam tunc locum habet, cum damnum datum est, aut res periit sine culpa ejus qui recepit, modò ne fato aut vi majore; *leg. 3. §. 1. dict. tit.* quo loco & *d. leg. 1. §. 1.* etiam ratio redditur, cur hic actio gravior, quàm in cæteris constituta sit: nempe ut innotesceret, Prætorem curam agere reprimendæ hoc genus hominum improbitatis. Hæc actio cùm ex contractu descendat; huc non pertinet: ad eam referendæ sunt interpretationes Veterum sub *d. tit. naut. caup. stab.* usque ad *leg. pen. §. ult.* Altera actio est ex quasi maleficio, si damnum aut furtum factum sit ab iis, quorum opera nautæ, caupones, stabularii utuntur; *leg. 5. §. ult. de obl. & act. d. leg. pen. §. ultim. naut. caup. stab.* quæ huc pertinet. Constituta est adversùs easdem personas & de iis similiter, quæ in navem, cauponam, stabulum illata sunt. Ex quasi maleficio ideò esse dicitur, quia species culpæ habetur, malorum hominum uti ministerio; *d. leg. §. ultim. de oblig. & action. & hoc text.* Quare si quid eorum factum sit à vectoribus aut viatoribus, quorum opera exercitor non utitur, hìc ex quasi delicto actio locum non habet, *d. leg. ult. §. 2. naut. caup. stab.* sed prior illa ex contractu, *leg. 1. §. ult. leg. 2. leg. 3. in pr. eod.* pœnalis est in duplum, *l. ult. §. 1.* quia Prætor utilitatem hic etiam publicam spectavit, dum prospicit securitatis iter facientium. Cæterum pœna hæc dupli exolevit ut & cæteræ similes.

Caupona aut stabulo.] Stabulum pro diversorio seu caupona aut πανδοχεῖῳ vel καταλύματι sæpè accipi satis notum est. In hoc autem edicto, ubi Prætor stabularios à cauponibus distinguit, significat locum, ubi jumenta stabulantur; *leg. 5. ff. de titul.* ταμεῖον κτηνῶν, ἱπποστάσιον, ὀνοστάσιον, cujusmodi stabula ferè cauponis adjuncta sunt, & utraque ab uno exercentur.

In his casibus in factum actio.] Hoc etiam ad casus præcedentes pertinet: nam quasi maleficia omnia subsidiariis in factum actionibus vindicantur.

Hæredi quidem datur] *d. leg. ultim. §. 1. & ultim. naut. caupon. stabul.* commune autem hoc est omnium actionum pœnalium: quòd hæredibus quidem dentur; sed adversùs hæredes non competant: neque enim æquum esset, hæredem ex delicto defuncti pœnam sustinere; vid. *infr. §. 1. de perp. & temp. action.*

Titu-

TITULUS VI.

DE ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 7. C. Lib. 4. Tit. 10.

TEXTUS.

Superest, ut de actionibus loquamur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis & continuationis.*
2 *Error veterum Interp. notatus.*
3 *Actio ut consideranda, quatenus tertium juris objectum constituit.*
4 *Ex quo jure actiones proficiscantur, accurata disquisitio.*
5 *Actionis nomen quàm latè pateat.*
6 *Quot modis usurpetur à nostris: & quæ significatio huc pertineat.*

S*Uperest*] Transitio hæc imperfecta est carens epilogo præcedentium membrorum. Unde natus error Interpretum, qui crediderunt, Imperatorem respicere ad tractationem proximè præcedentem de obligationibus; quod non ita est. Potuisset sanè Tribonianus perfecta transitione uti, ut fecit initio lib. 2. & hujus item quarti: atque hic locus id vel maximè desiderabat propter longam, quæ intercessit, antecedentium partium explicationem. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis sequentis non usque adeò obscura est, quin facilè ab homine non nimis luscitioso perviderì queat. Et nimirum respicit Imperator tum ad partitionem propositam in calce *tituli de jur. nat. gentil. & civ.* qui secundus est libri primi hujus operis; quo loco totius juris nostri tractationem ad tria capita, quæ totidem sunt objecta hujus disciplinæ, revocavit; quorumque primum ad personas pertinere dixit; alterum ad res; tertium ad actiones: tum ad transitionem, quam facit in egressu libri secundi, nempe quo ordine partes istas summas proposuit, eodem, quod ratio methodi exigit, deinceps singulas explicare instituit. Igitur cùm primus locus in ista partitione, & meritò quidem tributus esset personis; etiam primo loco, hoc est, reliqua parte libri primi de personis disputatum est, hoc est, de eo jure, quo quisque in civitate pro statu ac conditione personæ suæ censetur. De rebus, hoc est, quod cujusque in rebus externis proprium est, aut ei debetur, sive de dominio cæteroque jure in rem & de obligationibus, quas & ipsas ad eamdem illam partem pertinere probavimus in explicatione *titul. de obligat.* tractatum libro secundo & tertio, itemque nonnulla parte libri quarti usque ad præsentem locum: quibus locis simul nobis explicati sunt modi ac ratione rerum atque obligationum, tum acquirendarum, tum amittendarum. Expositis ergo ex tribus membris propositis prioribus duobus; superest adhuc tertium & postremum; 2
actiones videlicet; cujus partis tractatio hic jam suscipitur. Hinc verò perspicuum est, errare, quod diximus, Interpretes veteres & cum iis Mynsing. qui initium doctrinæ de actionibus fieri existimant *lib. praced. tit. de obligat.* Atque hoc loco eamdem continuari: quasi illic de causa actionum tractetur, quæ sit obligatio; hic de effectu obligationis, quæ sit actio: illic de matre, ut loquuntur; hic de filia. Nam nec obligatio causa est omnium actionum, sed earum dumtaxat, quæ in personam sunt: & ut esset; tamen ratio obtinendi ejus, quod nobis debetur, à vinculo, quo se debitor astringit, argumento & ma- 3
teria separata est. Etenim (quod omnino notandum est) actio in proposita disputatione non tam consideratur, quatenus cujusque est dependens ex jure quæsito: qua consideratione cùm rerum nostrarum pars sit, & in bonis nostris computetur; *l. bonorum 49. de verbor. sign.* ad idem planè objectum referri debet, quò referuntur dominium & obligatio: quàm quatenus est via sive medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum, si ultro non præstetur, pervenitur & aufertur invitis; uno verbo quatenus consideratur ut instituenda exercendaque in judicio; ut rectè Timæus Fab. *disp. de action. thes. 1.* Vix Interpretem inveneris, quin hic in vestibulo quæsiturus sit: Ex quo jure actiones proficiscantur; ex jure gentium, an ex jure civili, id est, utrùm causa actionum remota jus gentium sit, an jus civile. Quæstio minimè obscura. Sed nimirum nihil tam
clarum atque perspicuum est, quod semper & ab omnibus videatur. Certum est, leges Magistratuum eorumque imperia juris gentium esse; quippe sine quibus nulla umquam gens, aut vixit, aut vivere potuit; adeòque ipsa naturalis ratio omnes docet, sine publica auctoritate nullam hominum societatem consistere posse. Hujus autem publicæ auctoritatis bona pars est in persecutionibus judicialibus, qua civilibus, qua criminalibus. Ad hæc inter omnes constat: dominia rerum atque obligationes, quæ causæ sunt actionum proximæ, originem ex jure gentium trahere; trahunt ergo & actiones sive judicia, id est, ea remedia & rationes; quibus, quod vel dominii nostri sit, si id sponte iis qui possidet non restituat; vel quod in obligationem à nobis deductum, si id debitor non præstet, obtinere libeat. Nam certè frustra sit, si id voluntati permittatur & arbitrio possessoris aut debitoris, aut, quod restat, rixis tumulti- 4

multibus, cædibus porta patefiet, civis in civem armabitur cum internecione civitatis, si domino aut creditori licere velimus rem suam aut sibi debitam per vim occupare propriaque auferre auctoritate. Non puto autem quemquam esse, qui juri gentium adscripturus sit ea, quibus concessis necesse sit hominum societatem everti. Præclarè Theodoricus Rex apud Cassiodorum *lib. 4. var. epist. 10. Fœdum est*, inquit, *jura publica privatis odiis licentiam dare: nec ad arbitrium proprium judicandus inconsultus fervor animorum*. Et statim; *Hinc est, quòd legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu. Quid enim à bellica confusione ex tranquilla distabit, per vim litigia terminentur? fac. l. non est singulis 176. de reg. jur. leg. extat. 13. quod met. ca.* Hæc etsi verissima sunt & clarissima; non paucis tamen, iisque etiam, quorum multis aliis in rebus perspicientia ac solertia commendatur; hic cæcutire contingit, ut temerè atque inconsideratè contendant: actiones omnes & forma & origine esse juris civilis. Quid ergo est, quod eos transversos agit? Primum quod apud Pomponium in *leg. 2. §. his legibus 6. de orig. jur.* scriptum est: Ex legibus duodecim tabularum compositas esse actiones, quibus inter se homines disceptarent. An igitur totis trecentis annis ante nemo cum alio agere in urbe potuit; aut quia manu regia pleraque terminabantur, nulla petitio, nulla imploratio fuit necessaria? Sed quis non videt, Jurisconsultum loqui de forma actionum accidentali & juris Ro. propria? quam scilicet à prudentibus acceperunt, compositis certis ac solemnibus formulis. Secundò: Quòd actiones passim civiles dicantur. Quid tum? Et obligationes ita passim appellantur, quas utique juris gentium esse nemo ibit inficias: quin & condici jure gentium res dicitur in *leg. verum 25. de action. rer. amot.* Tertiò: Quòd naturalis obligatio tantæ efficaciæ non est, ut actionem producat; quasi verò quod non producat, non sit à jure civili. Et tamen non una hic exceptio est. Postremò. Quoniam deportati agere non possunt; qui tamen ea quæ sunt juris gentium, retinent: Ineptè. Nam id tantùm obtinet in imperio ejus civitatis, in qua damnati sunt. Sed nec patriam potestatem retinent, nec tutelam, nec jus testandi, nec jus succedendi ex testamento aut ab intestato: quæ tamen omnia ex jure gentium manere, & considerata generali atque essentiali forma juris gentium manere, suis locis ostendimus, quamvis propter adjectam à jure civili qualitatem & determinationem usus rectè dicantur esse juris civilis, ut & actiones, per *l. 6. de just. & jur.*

De Actionibus] Nomen actionis latissimè patere vulgò notum est, ac comprehendere omnem omninò viventis operationem, quæ passioni opponitur; denique & oratorum & histrionum & fabrorum actionem esse dicimus. Sed ne quis erret in varia hujus verbi significatione, quam habet etiam tunc, cum ad usum forensem restringitur; sciendum primùm est: numquam verbo agendi, cùm ad judicia refertur, ita usos esse Veteres, ut eo verbo significarent, quid ducere, trahere. Agere enim illi perpetuò dicunt cum aliquo; numquam agere aliquem: agere judicio, agere interdicto; quod non significat aliquem ducere aut trahere: sed idem est quod tractare cum aliquo judicio; interdicto cum aliquo contendere; nec reum dicunt, qui agitur; sed cum quo agitur. Quapropter non est audiendus Theophilus, qui actionem ab eo dictam scribit, quòd improbos & perfidos ad judicia agamus. Quadruplex autem ferè hujus vocis in jure usus est. Primùm latissimè accipitur, & nomen actionis prædicatur de lite omni & causa, sive ea civilis sit, sive criminalis, in qua aliàs ferè utimur verbo accusationis; *leg. penult. si ex nox. caus. arg. leg. ult. de privileg. delict. leg. 1. de crimin. stell. leg. 8. de accus. leg. 4. Cod. de edendo rubr. Cod. quand. civ. act. crimin.* Secundò minus quidem latè quàm in significatione præcedenti, sed ratione sequentium adhuc latissimè: ut appellatione actionis comprehendantur causæ omnes pecuniariæ, sive judicia omnia civilia, non ordinaria tantùm, verùm etiam extraordinaria, interdicta, præjudicia, persecutiones, stipulationes prætoriæ; quæ actionis instar obtinent, ut damni infecti & legatorum, &c. in summa, imploratio etiam nobilis officii judicis; ut nunc loquuntur, *leg. actionis 37. de oblig. & act. leg. actionis 34. leg. pecuniæ 178. §. 2. de verb. sign.* Tertiò pro genere communi actionum in rem & in personam; *leg. actionum 25. ff. de obl. & act. §. 1. infr. hoc tit.* strictiùs tamen, ut interdicta, præjudicia, cognitiones & stipulationes prætorias contineat; *leg. sed & hæ. 35. §. 2. leg. non solum 39. de procur. d. leg. 178. §. 2. de verb. sign.* Quartò & postremò strictissimè atque angustissimè: ut solam denotet actionem in personam, *leg. actio 28. hoc tit. d. leg. 178. §. 2. de verb. sign.* ac tum ferè opponitur petitioni, qua actio in rem significatur, ut in formula stipulationis Aquilianæ; *§. 2. supr. quib. mod. obl. toll. leg. & uno 18. §. 1. de acceptil.* Ex his autem significationibus eam, quæ secundo loco posita est, huc pertinere ostendit supradicta divisio, in qua actio constituitur tertium totius juris privati objectum. Cognata vocabula sunt petitio, persecutio, formula, lis, causa controversia, conventio, judicium: nam & vox judicii pro actione sæpè sumitur; ut videre est in *leg. 1. & pass. ff. & Cod. fam. erc.* & Prætor promiscuè nunc actionem, nunc judicium se daturum pollicetur.

Textus.

Definitio.

Actio nihil aliud est, quàm jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.

No-

NOTÆ.

Ius persequendi] Auctor hujus definirionis Celsus *l. 51. hoc tit.* Cæterùm actio, quatenus tertium juris objectum constituit, magis considerari debet ut via & medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum pervenitur, quàm quatenus est jus, aut ex jure nobis quæsito dependet: qua consideratione cum rerum nostrarum par sit; ad secundum objectum referri debet; *l. 49. de verb. sign.*

COMMENTARIUS.

1 *Ius in hac definitione quid significat.*
2 *Refutatur Hotom. qui formulam interpretatur.*
3 *Neminem posse quod sibi debetur propria occupare auctoritate.*
4 *In jure fieri quæ dicebantur quæ in judicio.*
5 *Repetitur res ab origine.*
6 *De quibus causis Magistratus ipsi ex officio cognoscere soliti: in quo plerique hallucinantur.*
7 *Romam olim commune fuisse forum: nunc autem Metropoles idem jus non habere.*
8 *Comune forum esse & locum domicilii: tum quod tempus hic inspiciendum.*
9 *Mos passim receptus.*
10 *Proprium forum quæ tribuant: & quid mutatum moribus.*
11 *Actionem in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri posse, contra Donell.*
12 *Eum, qui per se competens non est, posse ex accidente competentem fieri; & quibus ex causis.*
13 *Definitionem hanc etiam competere actioni in rem.*
14 *Item actionibus popularibus: quæ quid sint, simul docetur.*
15 *Item actione injuriarum, & petitioni usurarum.*

A*ctio nihil aliud est, quàm jus*] Auctor hujus
1 definitionis est Celsus; in *l. nihil aliud 51. ff. hoc tit.* Generis loco jus ponitur: quod vocabulum cum verbis faciendi jungitur in perpetuo usu juris; adeòque apud omnes Latinè loquente significat potestatem jure publico tributam; veluti cum dicimus: Jus testandi, Jus stipulandi, Jus retinendi, Jus eundi, agendi, utendi, fruendi, &c. Neque alia hoc loco quærenda huic verbo significatio est. Et malè omnino Hotomannus formulam interpretatur. Etsi enim quandoque actiones cum dicunt, Jurisconsulti formulas earum intelligunt: atque ut hoc etiam largiar, cum Prætor se actionem daturum pollicetur formulam eo nomine significat; nullo tamen modo dici potest, aut jus agendi formulam esse, aut in hac definitione actionem ut formulam considerari. Formula à Prætore impetranda est: actio, ut quisque contraxit, statim ei competit; & dominus amissa possessione jus agendi habet statim, id est; etiam antequàm Prætor adeatur: & quis non videt, actionem in proposito considerari, ut in persona creditoris radicata est, non ut actu in judicium deducta? atque ut maximè ut jam actu intentatam consideres; formula tamen propriè dici non potest magis quàm emancipatio, manumissio, adoptio, aditio hæreditatis &c. quæ formulæ non erant, sed actus legitimi, qui per certas formulas & verborum conceptiones
expediebantur; *l. actus 77. Reg. Iur.* Ad hæc nihil 2
eorum formulæ convenit. quæ prædicantur de actione, ut cum actio nasci dicitur; acquiri; ipso jure competere; alienari; mandari, cedi, &c. ad hæredem transire, ab hæredibus incipere, successione confundi; plures actiones concurrere; una electa alteram consumi, dividi inter fidejussores, & id genus sexcenta alia. Nec ut actionem, ita formulam in rem, in personam civilem, prætoriam, perpetuam, temporalem, famosam, hæreditariam, &c. rectè dicimus. Quamobrem nec auctorem hujus definitionis Celsum arbitror de formula cogitasse: quamvis temporibus hujus Jurisconsulti,
qui sub Trajano & Hadriano floruit, formulæ ad- 3
huc in integro usu essent. Planè de sententia Justiniani, qui formulis jam dudum sublatis, definitionem eamdem nihilominus retinuit, nulia potest esse dubitatio.

Persequendi in judicio] His & sequentibus verbis differentia continetur, & genus positum restringitur. Verbum persequi notissimæ significationis est, nec obscura, quæ in eo, translatio. Sumitur autem hoc loco generalius, cùm olim in specie cognitiones extraordinariæ persecutiones dicerentur, *l. 178. §. 2. de verb. sign.*

In judicio] His verbis indicatur, neminem sibi jus dicere posse, aut privata, quod sibi debetur, occupare auctoritate, sed si quis putet, se habere actionem; legitimo judicio eum cum adversario experiri debere, atque actionem suam proponere apud Magistratum sive judicem, qui cognoscendis & componendis civium controversiis publica auctoritate constitutus est; *l. extat. 13. quod met. ca.* & simul docemur; non quamvis interpellationem aut conventionem actionem dici, sed eam quæ fit apud competentem judicem ex ratione ac præcepto legum & justitiæ. Cæterum quò res tota pleniùs intelligatur, duo adhuc nobis explicanda sunt. 1. Quid hæc verba *In judicio* significent. 2. Quis dicatur judex competens. Primum
quod attinet, diversa Veteribus sunt, *In jure & in* 4
judicio. In jure fieri dicebant ea, quæ fiebant apud Magistratum, antequàm ad judicium iretur; vel quæ tota peragebantur apud Prætorem; veluti ea, quæ cognitionis erant extraordinariæ; & cautiones, quæ à Prætore postulabantur: pura damni infecti, vel legatorum in judicio ea propriè, quæ expediebantur post litem contestatam apud judices datos sive pedaneos. Actio in jure à Prætore dabatur, apud judicem recuperatoresve in judicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedendi ritu, ex quo ipsi Magistratus judicare jussi sunt; *l. 2. C. de pedan. jud.* perexiguus hujus differentiæ usus esse cœpit: nisi quis putet adhuc dici

debere

debere in jure fieri, quæ fiunt ante litem contestatam, & Prætor ipse olim explicabat: in judicio, quæ posteà fiunt, licèt apud eumdem Magistratum omnia expediantur. Operæ pretium est rem ab origine repetere. Initio quidem Prætorem ipsum, utpotè juri dicendo civiumque inter
5 se controversiis disceptandis ac dijudicandis creatum ac constitutum, causas privatas omnes plenè cognovisse & judicasse, verisimile est. Verùm posteà, & primò quidem propter graviores occupationes, procedente verò tempore fortassis etiam ob dignitatem Magistratus obtinuit, & paulatim in ordinariam jurisdictionem versum est, ut Prætor aditus non ipse judicaret, sed præparatoriis quibusdam apud eum tractatis, quæ in jure fieri dicebantur, actionem & formulam daret litigatoresque ad privatos remitteret, qui notionem & judicium susciperent. Horum judicum varia fuere nomina. Dicuntur judices dati, delegati, pedanei, speciales, addicti, selecti, disceptatores, recuperatores, in judiciis bonæ fidei etiam arbitri: de quorum nominum ratione consulantur, *Scip. Gent. 2. de jurisdict. 8. Coras. 3. misc. 18. Duar. de judic cap. de jud. dat. Sigon. 2. de antiq. jur. civ. cap. 18. & seq.* Nullam verò jurisdictionem hi judices habebant, sed nudam dumtaxat notionem: hoc est cognoscendi tantùm & judicandi potestatem sine imperio aut jure sententiæ exequendæ; & simul ac sententiam dixissent, judices esse desinebant; *l. 5. l. 15. l. judex 55. de re jud.* Apud hos judicium exerceri propriè dicebatur, & ipsi specialiter judices appellari & à Magistratibus separari solent; *d. l. 15. & 55. de re jud. l. 2. de reg. jur. l. 1. & 3. de jurisd.* Usque adeò verò hæc ratio dandorum judicum invaluerat, ut vix ipse Prætor judicium umquam susciperet; & si fides Duareno *lib. 1. disp. 53.* ne potuerit quidem Prætor ipse de causis quibusvis cognoscere. In quam sententiam affert *l. 4. de tut. dat. l. ult. de off. præt. l. 8. & 9. de off. præs. l. 2. C. de pedan. jud.*
6 Alii tamen id arbitrarium fuisse existimant argumento legis, quam inter suas, atque, ut credibile est, ad morem suorum temporum respiciens M. Tullius refert in hæc verba: *Iuris disceptator, qui privata judicet, judicarive jubeat, Prætor esto.* Quod in medio relinquimus. Illud constat, exceptas fuisse nonnullas causas, de quibus ipsi Magistratus ex officio cognoscebant, non judicem dabant; quæ cognitiones prætoriæ, & extraordinariæ dicebantur; propterea quòd præter morem judiciorum ordinarium atque usitatum, sine solemnibus & strepitu judicii, sine formula, hæ causæ expediebantur, & disceptabantur à Prætore ipso: cujusmodi causæ sunt cognitio de honorariis Advocatorum, Medicorum, Professorum liberalium artium; *l. 1. de extr. cogn.* persecutio fideicommissi; *l. 172. §. 2. de verb. sign. Ulp. tit. 25. §. 10.* petitio liberorum, qui in potestate sunt; *l. 1. §. 2. de rei vend.* restitutio in integrum ex edicto de minoribus; *l. 13. §. 1. l. 24. §. ult. de min.* Cujacius *par. C. ubi ca. stat.* & Scip. Gent. *d. loc.* huc item referunt causas status sive præjudicia. Rectè an secus, ambigo. Nam præjudicia in *dict. l. 1. §. 2. de rei vend.* apertè separantur à cognitione prætoria. Et in his causis partes ad judicem mitti dicuntur, *l. 8. §. 1. & l. 9. de lib. cap.* passimque judicis liberalis causæ, qui de libertate cogniturus est, mentionem fieri videmus; ut in *l. 7. §. 1. & ult. l. 41. §. 1. de lib. ca. l. servus 34. §. ult. vers. quid ergo, de statu lib. leg. 7. §. 1. in fin. de hær. pet.* Plautus recuperatorum semper meminit in *Rud. & Bach.* & Sveton. in *Vespas.* refert, Flaviam quamdam Domitillam ingenuam & civem Romanam recuperatorio judicio pronuntiatam. Nec multùm movet, quod traditum est in *l. non distinguemus 32. §. de liberali 7. de recept. arbitr.* Causam liberalem majores judices poscere, quàm sint compromissarii. Vel quia etiam judices à Prætore delegati majores sunt arbitris, qui constituuntur mera conventione privata: vel quia Jurisconsultus non simplicem cognitionem & decisionem causæ considerat, quæ sola pertinet ad officium judicis 7
dati; sed totam causæ tractationem; & in hac etiam partes Prætoris, qui lite primùm apud se contestata formulam ipse concepit, & judicium judicemque constituit. Atque his insuper argumentum præbet *leg. 1. Cod. de off. præt.* ubi Constantinus causam liberalem propriam facit Prætoris; quod frustra fecisset, nisi antea fuisset judicii ordinarii; *add. Rav. 3. var. 20. Hotoman. 6. observ. 6.* Sed nec interdicta huc pertinent: ut constat ex *orat. pro Cæcin.* item ex *l. 1. §. 2. si ventr. nom. mul. in poss. leg. 1. in pr. ne vis fiat ei, qui in poss. l. 1. in pr. de vi & de vi arm.* quibus locis manifestè refelluntur, qui negant, ex causa interdicti formulam aut actionem datam fuisse. Posteà ratio judiciorum mutata est, & injuncta causarum omnium cognitio ipsis Magistratibus: extra quam si vel occupationibus publicis, vel multitudine causarum ipsi cognoscere impediantur; *l. 2. C. de ped. jud.* aut ea negotii sit utilitas, ut non ad modum notionum Magistratus requirat, *l. ultim. Cod. dict. tit.* quò respiciens Justinianus ait: Judicia omnia suo tempore extraordinaria fuisse; *§. ultim. Inst. de interd.* In judicio igitur sic nunc interpretabimur apud Prætorem sive Magistratum, qui dum jus dicit ac reddit, rectè judex appellatur, & cui soli nunc judicandi munus incumbit. Alterum quod hìc explicandum erat, est: quis sit judex competens. Neque enim promiscue apud quemvis judicem quævis actio institui potest; sed apud eum solum, cujus de ea re qua de agitur, notio est, qui uno verbo competens appellatur. Competentia hæc æstimatur ex causis, quibus forum sortiri dicimur. Forum duplex: commune unum; alterum proprium seu speciale. Commune forum olim fuit Roma: quæ idcircò Veteribus dicta est communis patria; *l. Roma, ad Munic.* Nam omnes, qui Romæ inventi essent, ibi conveniri poterant, ibi se defendere debebant; nisi jus haberent revocandi rem ad domicilium proprium; *leg. 2. §. omnes 4. & seqq. leg. non alias 24. de judic.*

dic. Sed moribus hodiernis regię urbes seu metropoles jus istud communis fori non habent. Com-
8 mune forum item rectè dixeris, in quo quisquis conveniri potest quacumque ex causa: quale forum tribuit locus domicilii: & est notandum, circa locum domicilii non tantùm inspici locum, in quo reus habitat tempore movendæ actionis, sed etiam in quo habitabat tempore contractus, *leg. 2. Cod. de jurisdict.* Quem locum malè Cyn. Salic. & Sich. restringunt ad casum, quo quis in loco domicilii contraxit. Quia ita conveniretur ex capite contractus, non domicilii; de quo ibi disertè agitur: & locus contractus forum tribuit, etiamsi quis numquam ibi domicilium habuerit. Atque ratio hujus juris satis manifesta est: quia cùm statim actio ex contractu nascatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quæratur, cum quo fortè aliàs non contraxisset; jus illud creditori facto debitoris adimi non de-
9 bet. Moribus in Belgio & aliis regionibus dudum invaluit, ob summam difficultatem, quæ sæpè est, sequendi debitores exteros, ut ii quovis loco deprehensi detineri judicioque sisti queant; *Gudelin. lib. 4. cap. 2. latè Peck. in tractat. de jur.*
10 *sistend.* Proprium forum est, quod præter commune tribuunt causæ singulæ; veluti in actionibus in personam forum tribuit locus, in quo contracta est obligatio; *leg. omnem 20. de judic.* quod tamen puto sic accipiendum, si reus ibi reperiatur; per *leg. 2. §. 4. leg. 9. in princ. & §. 1. leg. argentarium 45. de judic.* textus est *in cap. 1. §. contrahentes, de for. comp. Covar. 1. quæst. 10. num. 3. Sichard. & Vultejus in leg. 2. Cod. de jurisdict. Ant. Fab. Cod. suo, ubi conv. qui cert. loc. defin. 4.* Et siquidem in contrahendo dictum non sit, quo loco rem præstari oporteat; is locus contractus intelligitur, in quo res gesta est, *dict. leg. 19. §. 1. dict. leg. 45.* Sin autem expressè cautum ut alio loco, quàm in quo negotium gestum est, res præstetur; hic locus accipiendus tamquam rei ibi contractæ; *leg. 3. de rebus auct. judic. poss. leg. contraxisse 21. de oblig. & act.* In Francia & his regionibus non inspicimus locum contractus, nec solutionis, sed domicilii debitoris; juxta *leg. exigere 65. de judic.* sic, ut *leg. hæres 21. de jud. leg. 3. de reb. auct. jud. poss. leg. 21. de oblig. & act.* non sint receptæ; secundùm ea, quæ tradit Imbert. & alii allegati à Christin. *vol. 2. decis.*
11 164. In actionibus in rem speciale forum tribuit locus, in quo res sitæ sunt. Est enim constans hæc ferè omnium Interpretum sententia usuque forensi non dubio recepta: Posse pro arbitrio petitoris actionē in rem moveri, vel in loco domicilii possessoris, ut foro actionum omnium communi; vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, constitutæ sunt; per text. non obscurum in *l. 3. C. ub. in rem act. sac. l. un. C. ubi de hæred.* Quamquam Gudelinus notat: Praxim illud maximè observare, ut ibi dumtaxat actio in rem intendatur, ubi res sita est; *lib. 4. cap. 2.* Unus ferè Donellus noster *lib. 17. comm. 17.* ab hac sententia recessit contendens: In actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, sed unum tantùm esse forum rei, locum sc. in quo sunt constitutæ; ibi reum conveniendum esse; ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii, non cogi judicium pati. Quò & ipse aliquando inclinavi propter *leg. quod legatur 37. de judic.* Sed non dubito nunc, quin quod Jurisconsultus ibi proponit de re legata speciale sit, eò quòd legatario sufficere debeat, si hæres, à quo legati præstandi necessitas non cœpit, eo in loco ubi res est offerat solutionem; de qua etiam & ipsa præstatione præcipuè Jurisconsultus tractat. Quod Donell. prætereà monet: Facilè evenire posse, si possessor in loco domicilii conventus jubeatur rem restituere, ut nova lite pro executione rei opus sit; non usque adeò magni momenti est. Nam præterquam quòd Magistratus omnes inferiores mutuam sibi operam præstare debent: considerare debuit Donellus, non esse ex ratione juris Romani in judiciis realibus ordinariam hanc procedendi atque exequendi viam, ut possessori restituere jusso nec parenti res ipsa manu militari auferatur: sed ut damnetur quanti in litem actor juraverit; *leg. ejus rei 46. cum seq. de rei vend. l. 5. & 8. de in litt. jur.* Quæstiones criminum ubi exerceantur, docet *l. 1. & 2. cum auth. seq. C. ubi de crim.* Illud obiter adjicio: posse eum, qui per se competens non est, ex accidenti competentem fieri; idque vel propter judicium jam cœptum, vel propter prorogationem jurisdictionis. Cœpti judicii hæc vis est: tum ut actorem mutuæ petitioni seu reconventioni, ut nunc in foro loquimur, obnoxium reddat; hoc est, ut mutuas re actiones ibi excipere cogatur, ubi ipse litem movit, tametsi priùs ibi conveniri non potuisset, *l. 22. de judic. l. 14. Cod. de sent. & interl.* tum ut litigatores retineat in judicio conjuncto. Conjuncta autem judicia hac in re habita sunt possessionis & proprietatis; 12
ac de his ita cautum: Quo in loco priùs de possessione actum est, etiam de proprietate agi debere quamvis rebus integris ibi conventus judicium excipere non cogeretur, ne causæ continentia dividatur; *leg. nulli 10. C. de judic.* Moribus tamen disjunctos cernimus istarum causarum judices: quippè interdicta possessoria in Conciliis provincialibus solent tractari; quæstiones verò proprietatis, apud cujusque loci Magistratum; *Gudelin. lib. 4. cap. 2.* ubi de foro competente latè & eleganter disputat; *art. 19. Instr. sup. Holland. cur.* Prorogatur jurisdictio, cùm alius judex, quàm cujus notio est, ex conventione aditur; *l. 18. de jurisd. l. 1. de judic.* de quo consule *DD. ad dict. l. 1. & c. si diligenti, C. de for. comp. Christin. vol. 2. dec. 160.*

Quid sibi debetur] Hotom. 3. *obs.* 17. addit: *Vel quod suum est*; ne definitio angustior sit definito: quippè quæ alioqui actioni in personam dumtaxat competere videatur; non etiam actioni in rem, per quam rem nostram petimus non nobis debitam. Et verum quidem est, propriè ea, quæ nostra sunt, dici non posse nobis deberi, *l. Quintus Mucius 27. §. 2. l. scribit 34. in pr. de aur. arg. leg.*

leg. Sed quid prohibet, verbum debendi laxiùs ac-
cipere, ut debere quisque dicatur, quod jure
13 præstare tenetur; quamvis facto suo ad id se non
obstrinxerit? Convenit certè hoc & partitioni
juris initio propositæ, & præsenti instituto Ju-
stiniani, ut divisio in continenti subjecta clarè
ostendit. Nec deest Veterum auctoritas; nam
& Ulpian. in *l. pecuniæ* 178. § *ultim.* scribit; Hoc
verbum *Debuit*, omnem omninò actionem com-
prehendere. Planè persecutio criminalis huc
non pertinet, qua quisque non quod sibi debe-
tur persequitur, sed quod vigor publicæ di-
sciplinæ postulat, vindictam criminis; *leg. 9. §.
quod illicitè, de publican.* Quæsitum de actione
populari & injuriarum. Sed puto, verba defini-
tionis etiam ad actiones has commodè applicari
posse. Populares actiones sunt, definitore Pau-
14 lo in *l. 1. de popul. act.* quæ jus suum populo tuen-
tur: nimirum summus ac præcipuus harum actio-
num finis est, ut publicæ utilitati & securitati
consulatur; *l. 1. §. 1. de his qui effud. vel dej.* quam
ob causam etiam pariter propositæ sunt: nisi
quòd in iis, quæ simul continent interesse alicu-
jus privati, is cujus interest præferatur, *l. 3.
§. 1. de pop. act. l. 3. in pr. de sepul. viol.* Pœna, quam
persequuntur, regulariter actoris lucro cedit:
qui ob id etiam, postquàm litem contestatus est,
inter creditores numeratur; *l. 12. de verb. signifi.*
fisco ut applicetur, rarum & singulare: ac tum
præmii loco pars aliqua datur actori; *l. 25. §. ex
hoc edicto, de Senatusc. Syllan. l. ult. de term. mot.*
Cæterum quia hæ actiones ita propositæ sunt,
ut ejus demum, qui eas occuparet litem conte-
stando, propriæ fierent, eique soli pœna præsta-
retur; inde est, quòd qui habet actionem popu-
larem, non intelligitur esse locupletior: neque
pro creditore habetur, antequam litem conte-
status est, *l. pen. §. 1. de pop. act. junct. leg. 12. de
verb. signific.* Sed enim cùm hæ actiones privatam
pecuniæ persecutionem habeant; utique consi-
deratæ quatenus jam occupatæ vel etiam occu-
15 pandæ per litis contestationem, ad definitionem
pertinent. Idque menti Justininani omninò con-
veniens est, qui & *supr. tit. praeced. §. 1. & infra
hoc eodem tit. §. 10.* populares aliquot actiones
proponit. Eadem ferè ratio esse videtur & actio-
nis injuriarum. Hæc ante litem contestatam in
bonis nostris non computatur; *l. injuriarum 28.
de injur.* scilicet quia si quis de ea litem non con-
testatus decesserit, perinde est, quasi nullam
umquam actionem habuisset: utpotè quæ nec il-
li profuit vivo, nec hæredibus ejus prodest, ad
quos non transmittitur, *§. 1. inf. de perp. & temp.
act. l. 13. de injur.* Usurarum petitio propriam ra-
tionem habet; nec tamen eam hinc excludimus.
Nam quòd usuræ dicantur peti non posse jure
obligationis aut actionis, sed officio judicis in
bonæ fidei judiciis ob moram præstari; *leg. qui
per 49. §. 1. de act. empt. leg. 4. Cod. depos.* id non
significat, usuras non deberi, aut nullam usu-
rarum nomine actionem esse; sed non deberi
principaliter, nec esse propriam actionem, qua
principaliter petantur; sed sortis dumtaxat, qua
mota, & ipsæ per consequentiam officio judicis
veniant.

TEXTUS.

Divisio prima.

1. *Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacumque re queritur, summa divisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio; quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam; quo casu proditæ actiones in rem sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet; possessor autem dominum ejus se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.*

NOTÆ.

1. *Judices arbitrosve*] Judicum nomine intelligit judices addictos actionibus stricti juris; arbitrorum, addictos judiciis bonæ fidei; *l. 15. de re judic. leg. 7. de leg. Jul. rep.* quamquam & arbitri ex compromisso sumpti huc pertinent, *l. 1. de rec. arbitr.*

Quo casu proditæ actiones in rem] Actio in rem est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, *l. 25. hoc tit.*

Quam Titius suam esse] Actio in rem de re corporali, quæ κατ' ἐξοχὴν dicitur rei vendicatio *tit. D. & Cod. de rei & vindic.* soli competit vero rei domino, *l. 23. eod.* Utilis tamen emphyteutæ & superficiario datur, *l. 1. §. 1. si arg. vect. l. 74. de rei vend.*

Possessor dominum se dicat] Aut utique neget petitorem dominum esse: nam ut contra vindicet, non est necessarium, *§. 4. inf. de interd. l. 4. C. de edend.*

COMMENTARIUS.

1 *Divisionem hic propositam non à materia, sed à causa efficiente sumptam esse.*
2 *Indicatur causa efficiens seu jus, unde actio & in rem & in personam manat.*
3 *Personæ ad constituendum judicium necessariæ.*
4 *Quàm variè nomina hæc, Iudex & Arbiter, accipiantur, sive conjunctim sive per se posita.*
5 *Arbitratores, quos vocant, huc non pertinere; rejecta vulgata distinctione.*
6 *Disputatio accurata adversùs eos, qui mancam*

esse hanc divisionem contendunt, unoque membro, mixtarum scil. actionum, mutilatam.

7 *Nec actiones, quæ dicuntur in rem scriptæ, tertiam speciem constituere.*

8 *Actio in personam quid, cui, adversùs quem detur.*

9 *Quo effectu creditor nomen alienet.*

10 *Actionem in rem cum domino ambulare, eaque teneri novissimè possidentem.*

11 *Actione in personam quid petatur. Ubi & insigno discrimen inter hanc & illam in rem circa causam libello complectendam.*

12 *Actiones in personam, quæ nec ex contractu, nec ex maleficio originem trahere videntur.*

13 *Formulæ in actionibus in personam usitatæ; & quali locus, cùm agitur ex obligatione faciendi.*

14 *Formula, qua adversarium dare aut facere oportere intendimus, non convenire omnibus actionibus in personam.*

15 *Actio in rem quid sit, unde nascatur, & cui competat principalis illa, qua de hic agitur.*

16 *Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem: & primùm de dominio.*

17 *Necesse esse ad fundandum actionem, ut is, cum quo in rem agatur, possideat. Quàm latè verbum possessionis hic accipiatur. Aliaque non passim obvia.*

18 *Possessorem non compelli, ut contra vendicet. Dissertatio adversùs D. Contium.*

19 *Petitio hujus actionis propria: & qui exitus.*

PRoponuntur hoc tit. quinque aut sex actionum divisiones, quæ naturam, causas, vim & proprietatem singularum velut in tabella exhibent. Quæ hoc §. proponitur, summa dicitur eodem sensu, quo sæpè alibi à nostris; ut in *l. 3.*
1 *de stat. hom. l. 1. de rer. div. §. 1. inf. de interd.* quia inter multas prima & potissima est. Ratio divisionis ab objecto sive materia petita, prima fronte videtur; id enim verba hæc, *In rem & In personam*, præ se ferunt. Nos tamen à causa efficiente potiùs eam ductam arbitramur; hoc est, à jure, quod quis circa rem habet: idque confirmat tum hic ipse locus, tum *l. actionum 25. ff. eod.* unde magnam partem, quæ hic traduntur, hausta sunt, ac mox res tota clariùs apparebit. Non igitur ideò, inquam, actio in rem dicitur, quia in ea res petatur; actio in personam, quia petatur persona: una enim actionum omnium materia est res quæ petitur, sive in personam agatur, sive in rem. Et si quando contingat, ut servus petatur; non petitur ut persona, sed ut res cæteræ, quæ nostræ sunt, aut nobis debentur. Sed nec ideò actio in personam dicitur, quia ea qui agit personam conveniat; actio in rem, quia conveniatur res ipsa; quod natura fieri non potest: nam quod Jurisconsulti ita aliquando loquantur, ut dicant: Rem conveniri, non personam; abusivum est, & specialem prætereà rationem in causis, de quibus loquuntur, habet, veluti in *l. 7. ff. de publican.* item *l. 19. de jur. fisc.* Quarum in illa prædia conveniri dicuntur ex causa vectigalium, non personæ; ut intelligamus, onera ista prædiorum esse, non personarum; ac proinde quasi à prædiis 2
exigi, atque à possessoribus eo nomine conventis præstanda esse sine consideratione temporis, quo possederunt. In altera Papinianus negat, pecuniæ publicæ, quam quis à debitore suo in solidum accepit, revocatæ usuras præstari, eò quòd res, non persona convenitur; quod sic explicatur in *leg. 5. C. de priv. fisc.* quia fiscus jure extraordinario privilegii sui rem aufert; non cum obligato ex contractu aliquo fœneratitio agit. At cùm utraque actione & res petatur, & persona conveniatur; qui fit, quòd una in rem nomen acceperit, altera in personam? Dicam statim: priùs enim causa efficiens utriusque indicanda est unde potissimùm, ut antè dixi, sumpta ratio divisionis. Omnis actio procedit ex jure aliquo, quod quis circa rem habet tamquam à causa efficiente proxima; & itidem variatur pro juris illius diversitate. Quemadmodum autem hoc jus in universum duplex est: unum in re, alterum ad rem; ita quoque duæ in universum diversæ actionum species inde manarunt, sive duo remedia ad jus illud judicio persequendum. Jus in re (quod obiter hic inculcandum) multiplex; dominium tum directum tum utile; ususfructus; servitutes; pignus; jus possessionis. Jus ad rem unum est; obligatio scilicet, sive creditum. Ex jure, quod quis in re habet, proficiscitur actio in rem: pro diversa quidem qualitate istius jure diversi quoque generis; sed id ad rem propositam nunc nihil facit. Obligatio actionem in personam parit. Illa in rem dicitur; quia domino quòd detur, rem perpetuò sequitur: atque ut persona hic conveniatur, hoc est, possessor; tamen non convenitur propter se, sed propter rem possessam. Hæc autem in personam dicta est; quia ut persona hic convenitur, ita convenitur propter se, quia se obligavit, non propter rem petitam. Quod tamen non sic accipiendum est, quasi qui ex obligatione agit, non hoc agat, ut rem quæ in obligationem deducta est, consequatur: sed sic, quòd actione in per- 3
sonam quisque tenetur ob hoc solum, quia verbi causa promisit, se daturum esse, & hoc sive rem habeat, sive non habeat: cùm actione in rem propria propter hoc solum teneatur, quòd rem possidet, nec compellatur in rem actionem pati, si rem defendere nolit, aut sine dolo possidere desierit, *leg. fin autem 27. §. 1. leg. ult. de rei vend.*

Quibus inter aliquos apud judices] Tribus his verbis breviter comprehenduntur tres illæ personæ, quæ ad constituendum judicium necessariò requiruntur; actor; reus; judex. Actor & reus litigatores sunt, inter quos res agitur; & quorum

ille

ille est, qui litem intendit; hic, qui excipit.
Græci φεύγοντα appellant, & more Græcorum
nostri aliquando partem fugientem; *l. 2. C. de in-
rejnr. prep. cal. l. 13. §. 2. de judic.* Judex, apud
quem res agitur, qui idem causam cognoscit, &
litem auctoritate sua dirimit. Unde judicium
non malè definitur: Legitima rei controversæ in-
ter actorem & reum apud judicem tractatio, in
eum finem instituta, ut lites publica auctoritate
sopiantur.

Judices arbitrosve] Nomina hæc Judex & Ar-
biter non eodem semper modo accipiuntur, nec
per se posita, nec conjuncta: ut hoc loco.
Utrumque autem vel propriè accipitur, vel im-
propriè. Judex propriè dicitur, qui ita judicat,
ut in eo munere publico fungatur: etenim judi-
candi munus publicum est; *l. quippe 78. ff. de ju-
dic. l. ultim. §. judicandi, de mun. & hon.* atque
hinc judices omnes dicuntur habere notionem,
id est, potestatem cognoscendi jure publico con-
5 stitutam; *l. 5. de re judic.* Impropriè judices di-
cuntur arbitri, qui ex consensu litigatorum &
compromisso sumuntur: quippè consensus pri-
vatorum judicem facere non potest; *l. 3. C. de ju-
risd.* Appellantur autem judices propter affinita-
tem, quam cum veris judicibus habent, eò
quòd partibus judicis fungantur, & arbitria ad
6 similitudinem judiciorum redacta sint; *l. 1. & 13.
§. 2. de rec. arbitr. leg. pen. ff. leg. 14. Cod. de judic.*
ac tametsi sententiæ eorum executioni mandari
non soleant; effectum tamen aliquem habent vi
stipulationis pœnalis. Arbitri propriè & plerum-
que dicuntur iidem illi, quos diximus, judices
voluntarii & compromissarii. Non est tamen in-
frequens, ut veri quoque judices arbitri dicantur
ut plurimum autem illi, qui ex bonæ fidei judi-
cio cognoscunt; & maximè in judiciis divisoriis
familiæ erciscundæ & communi dividundo: un-
de & judicia ipsa arbitria; *l. 24. depos. leg. arbi-
trium 43. leg. ultim. ff. leg. 15. leg. 17. Cod. famil.
ercisc. leg. 18. ff. leg. 3. C. comm. divid. leg. pro so-
cio 38. ff. pro soc.* Sic autem appellati sunt hujus
generis judices, propterea quòd libera iis pote-
stas permittitur arbitrandi æstimandique, quan-
7 tum alterum alteri ex bona fide præstare opor-
teat. De quo pluscula ad *§. 28. & 30. inf.* Præ-
tereà nomen judicis etiam tunc cùm propriè
usurpatur, aliquando generaliter accipitur, ut
eo contineantur omnes, qui cognoscendi & ju-
dicandi potestatem habent; sive eam habeant ju-
re Magistratus, aut vi alicujus jurisdictionis,
*leg. 1. de judic. tot. tit. Cod. de jurisdict. omn. judic.
tit. ff. & Cod. de reb. aud. jud. poss.* sive jure nu-
dæ notionis, ut judices pedanei; aliquando spe-
cialiter pro pedaneis judicibus dumtaxat, hoc
8 est, iis qui dati sunt à Magistratibus aliisve
qui jus dandi judicem habent; in qua significa-
tione etiam passim hoc verbum sumitur, non
tantùm cùm opponitur verbo Magistratus, sed
etiam cùm per se & absolutè ponitur, *leg. 1. &
3. de jurisdict. leg. 12. §. 1. leg. in priv. tit. 77. de
judic. leg. 15. leg. judex 55. de re judic. l. 2. de reg.
jur.* Cujus tamen distinctionis non tantus est ho-
die usus, quantus olim fuit; cùm judicis passim
dandi licentia nunc sublata sit; *leg. 2. Cod. de pe-
dan. jud.* Est & tertia hujus vocis significatio ad-
huc magis specialis, quæ ex adjuncto cognosci
potest; veluti cùm hæc duo conjunguntur, Ju-
dices Arbitrive. & maximè cùm additur, A Magi-
stratu dari, ut in *l. 15. de re jud. l. 7. de leg. Iul. rep.*
Quod cùm fit, judicis nomen in specie accipitur,
restringiturque ad certos tantùm judices, datos
quidem à Magistratu; sed in judiciis stricti juris 9
potestate judicandi certa formula, quam excede-
re non liceat, circumscripta. Sicut per nomen
oppositum arbitri judices item veros tunc intelli-
gimus: sed qui addicti sunt bonæ fidei judiciis,
aut etiam arbitrariis; *leg. 14. §. 4. quod met. caus.*
minimè autem tales, ad quos ex compromisso
itur. Hoc verò vel ex uno loco Senecæ intellige-
re licet, qui *3. de benef.* sic scribit: *Melior vide-
tur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quàm si ad
arbitrum mittatur: quia illum formulæ includit,
& certos, quos non excedat, terminos ponit; hu-
jus libera & nullis constricta vinculis religio est.*
Planè cùm simpliciter hæ voces, Judex & Ar-
biter, junguntur, nec aliud exprimitur, unde
diversum colligi possit; utramque vocem pro-
priè posse accipi constat; ut cùm Jurisconsultus
in *l. 9. ff. de re jud.* scribit: Furioso sententiam à
judice vel arbitro dici non posse; unde & de hoc
ipso loco judicandum. Atque ut fortè Justinia-
nus de arbitris ex compromisso sumptis non cogi-
taverit; non eo tamen minùs huc pertinent.
ubi de actione instituenda quæritur. Nam &
apud eos eadem omnia hìc servantur, quæ
apud veros judices: nec aliter arbitria eorum ra-
ta sunt, quàm si ordine judiciario, id est, cau-
sa more judiciorum agitata & cognita, ad sen-
tentiam ferendam processerint; *leg. 1. de rec. arb.*
Enim verò nihil huc pertinent arbitratores, quos
vocant: quippè qui non ut judices adhibentur
ad controversiam sententia sua decidendam:
sed ut nudi mediatores interveniunt in actibus
extrajudicialibus & contractibus, cùm de re ali-
qua inter ipsos contrahentes non convenit: ve-
luti si in contractu societatis partes sociorum,
in emptione pretium, in locatione merces,
in arbitrium certæ personæ conferatur; *leg. 75.
cum seqq. pro soc. leg. ultim. Cod. de contrah. empt.*
nullus autem locus dari potest, quo lis aliqua
decisa arbitratoris interventu dicatur. Et com-
mentitia est prorsusque aliena à ratione juris ci-
vilis Interp. distinctio, qui duo arbitrorum ge-
nera faciunt; arbitros & arbitratores; quorum
illi tamquam judices servato ordine judiciorum
procedant; hi sine solemnibus litem amicè ex
æquo & bono componant; ut post Coras. 4.
misc. 4. 18. benè ostendit Bach. *ad tit. ff. de
rec. arbitr. cap.* 1. *num.* 2. usu tamen Interp.
distinctio invaluit: *Gail. 1. obs. 150. Merul. lib.
1. tit. 7.*

In duo genera] Ita & Ulpian. *in leg. 25. hoc tit.* 10
Addendum plerique putant & tertium genus, ex

§. 20. *inf. eod.* actiones fet mixtas; cujusmodi sint actio familiæ erciscundæ; communi dividundo; & finium regundorum: quas expressè dicto loco Justinianus ait, mixtam causam obtinere tam in rem, quàm in personam: item petitio hæreditatis; quæ & ipsa mixta dicitur in *l. 7. C. de hær. pet.* junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem, quàm in personam actionum efficit; de qua *Cujac. par. Cod. fin. reg.* At enim verò si hoc ita est; dignus sanè reprehensione fuerit Tribonianus, qui summam omnium actionem divisionem se proponere professus, eam uno membro mutilatam proponit: hoc est, pro trimembri bimembrem facit, uno membro omisso, quod ad perfectionem totius non minùs, quàm duo illa, quæ posita sunt, pertineat. Nec accipio responsionem quorumdam, qui fatentur quidem: rectiùs Tribonianum facturum fuisse, si vel una divisione species omnes complexus esset, vel statim tertiam subjecisset: sed cùm de re ipsa constet, & tertia illa species proposita sit in *d.* §. 20. leges divisionis & methodi insuper habendas. Hæc enim responsio, ut aliquid pro Triboniano facere possit, si quid ab eo minùs recte factum; tamen nihil adfert pro defensione Ulpiani, qui itidem duo dumtaxat actionum genera in *d. l. 25.* ponit & explicat: in rem: quæ (inquit) dicitur vendicatio; & in personam; quæ condictio appellatur: transitque deinde ad alia, miscelli generis nulla facta mentione. Vitiosè omninò, si præter duo ista genera, quæ proponit, adhuc tertiũ genus actionis superstit ab utroque distinctum. Ego sic sentio: Veteres plures actionum genera, quàm duo illa, quæ hic proposita sunt, non agnovisse: easque quæ mixtæ aut mixtam causam obtinere certo respectu dicuntur, comprehendisse sub simplicibus, atque annumerasse ei speciei, ad quam principaliter & ratione originis pertinent. Proinde quia tria ista judicia; familiæ erciscundæ; communi dividundo; & finium regundorum, origine sua & essentia sunt actiones in personam, sive solùm & effectu quædam ex natura actionum in rem participant; inter actiones in personam numeraverunt; *leg. 1. fin. reg.* ut & ipse Justinianus in *l. 1. §. 1. C. de ann. except.* Petitionem autem hæreditatis inter actiones in rem; *l. 25. §. antepen. de hær. pet. l. 1, & 23. §. 3. de rei vend.* ob causam nimirum contrariam. Id verò ita esse, non aliunde certius constare potest, quàm ex conjunctione; *d. l. 1. fin. reg.* cum *d. l. 25. §. antepen.* nam in *d. l. 1.* Paulus sic disertè scribit: *Actio finium regundorum in personam est, licet pro rei vendicatione sit.* Quod nihil aliud est, quàm si diceret: non eo minùs actionem finium regundorum personalem censeri debere, quòd comparata sit quasi loco vendicationis, quòdque proprietatis controversiæ cohæreat, ut loquitur Constantinus in *l. 3. Cod. eod.* & quòd per eam, rem nostram, quæ intra fines nostros sit, consequamur; qui effectus est rei vendicationis: quin nihilominùs verum sit, eam ex obligatione descendere, darique adversùs eum solùm; qui nobis sit obligatus. Quod quidem manifestum est, si quis de vicini maleficio queratur; veluti quod arbores terminales extirpavit; vel aliàs sciens fines suos protulit. Sed & si fortè antiqui limites inveniri non possunt, vel non satis evidenter cujusque agrum distinguant, ita ut novi sint constituendi pro mensura cujusque agri, aut adjudicatione, & condemnatione, controversia dirimenda; *l. 2. & 3. fin. reg. §. pen. inf. de off. judic.* ex obligatione tamen adhuc agitur, quam finium confusio & perturbatio parit. Idemque judicandum de actionibus familiæ erciscundæ, & communi dividundo; in quibus etiam res est certior. Nam in his de dominio aut proprietate nulla est; quæstio; nec quid restitui postulatur; sed ut res dividatur; & recedatur à communione; Quin etiam possidenti ultro dantur; *l. 1. §. 1. fam. ercis.* Ex contrario in *dict. l. 25. §. antepen.* sic Ulpian. *Petitio hæreditatis, etsi in rem actio sit; habet tamen præstationes quasdam personales.* Quasi diceret: petitio hæreditatis in rem actio est; quia non ex obligatione aliqua nascitur, sed per eam rem nostram petimus, quæ ab alio possidetur; ita tamen in rem, ut exitu quædam communia habeat cum actionibus in personam; nempe præstationes illas, quarum meminit, pretiorum & pecuniæ à debitoribus hæreditariis exactæ: hæc enim non efficere, quominus in rem sit & dici debeat, quia talis est principaliter, per se, & origine sua. Quamobrem ferre non possum, quod Bachovius contendit; Actiones hasce etiam ratione essentiæ suæ & originis mixtas esse, quia nascantur ex duplici eoque diverso principio; dominio scil. & obligatione. Nam præterquam quòd hoc à mẽte Veterum longe alienum est, (cur enim illi petitionem hæreditatis actionem in rem esse dicerent; actionem autem finium regundorum in personam; si illa æquè in personam; hæc æquè in rem esset; atque utraque essentiali origine tam in rem, quàm in personam?) non caret etiam implicatione contradictionis. Et fatetur quidem hoc ipse Bachovius; cæterum se inde expedire conatur posito pro diversitate objecti diverso quoque principio & causa agendi. Cùm itaque duplex sit objectum petitionis hæreditatis; hæreditas ipsa & præstationes, quas diximus, personales; quatenus illa petitur, actionem istam ait in rem esse: utpotè quæ nascatur ex jure dominii, eique soli competat, qui se hæredem, id est, hæreditatem suam esse intendit: quatenus verò eadem actione hæres petit sibi præstari pretia rerum venditarum, eave, quæ à debitoribus hæreditariis exacta sunt; esse eam in personam, atque ex contrario principio, jure scilicet obligationis, oriri. Simili modo cùm actio, verbi causa communi dividundo, duplex quoque objectum habeat, divisionem rei communis; & mutuas quasdam item præstationes, fructuum, impensarum, damni dati; *l. 3. §. 3. comm. div.* ait: quatenus propter divisionem rerum agitur; actionem hanc in rem esse: quatenus propter alias causas; in personam

unam

unam autem actionem mixtam, in qua producenda, quæ diversæ causæ distinctim & æqualiter concurrant, dominium & obligatio. Ego verò non dubito, quin totum hoc falsum sit: quia sic non una actio, sed duæ omninò diversæ & distinctæ pro diversis rebus obtinendis constituuntur; quod Veterum nemini in mentem venit. Sed quod ante dixi, petitio hæreditatis natura & essentia sua actio in rem est: quod & nomen ipsum satis arguit; *l.* 28. *ff. h. t.* Præter naturam autem actionem in rem accidit in hac actione, quæ de universitate est, ut in eam quoque veniant quædam præstationes personales: non propriè ex præcedente aliqua obligatione, qua facto suo se obstrinxerit possessor hæreditatis; quem constat quasi rem suam gerentem nemine se obligare voluisse; *l.* 14. §. 1. *comm. div.* sed quarum nomine is qui petitione hæreditatis convenitur, perinde ac quisque, qui se obligavit, tenetur; hoc est etiamsi, ex. gr. pecuniam exactam non possideat, nec dolo possidere desierit; *l.* 20. §. *ult. de hær. pet.* & omninò ut debitor generis non speciei: atque hoc demum respectu mixta personalis hæc actio dicitur in *l.* 7. *C. de hær. pet.* Contra actiones familiæ erciscundæ & communi dividundo in personam sunt: non descendentes ex dominio simul & obligatione; sed ex obligatione dumtaxat, quam una pariter rerum suscepta communio: quæque non minus socium obligat ad patiendam rerum divisionem, adjudicationesque, & condemnationes, quàm ad præstationes lucri, damni, impensarum, manentem in communione. Tantum quia consortes de re sua agunt, hoc est, parte sua; instar eorum, qui rem vendicant; ideò dicuntur hæ actiones mixtam causam obtinere videri tam in rem, quàm in personam; *d.* §. 20. *inf.* De actione finium regundorum expressè testatur Paulus, in *l.* 1. *fin. reg.* in personam eam esse; licèt & ipsa certo respectu pro actione in rem sit, ut initio diximus. Minùs autem ferendi sunt, qui actiones quæ in rem scriptæ dicuntur, qualis verbi causa est actio, Quod metus causa; *l.* 9. §. *ultim. quod met. ca.* aut personales non esse contendunt; aut esse mixtas, non dissimili sensu, quàm quo superiores. Nam actionem Quod metus causa in personam esse: expressè traditur in §. *præterea* 31. *infra eodem*; & palam est, eam esse ex obligatione; obligationem ex maleficio, quod facinus appellatur in *l.* 14. §. *quod si* 11. *quod met. cau.* quod autem scripta in rem dicitur; non hanc habet significationem, eam in rem esse, nascive ex aliquo jure, quod quis in rem habet, ut proinde rem & propter rem possessorem sequatur: sed indefinitè de eo, quod metu gestum est, conceptam esse sine designatione personæ, ad quam verba actionis dirigantur; ut hoc explicat Ulp. in *dict. l.* 9. §. 1. *&* *ult.* atque ex usu Veterum in hujusmodi orationibus observarunt viri eruditi; *Duar. ad leg.* 7. §. *pactorum*, *ff. de pact. & ad tit. quod met. caus. cap.* 3. *Donell. hoc loco*, *&* 25. *comm.* 38.

13 *Cum eo qui obligatus*] Descriptio actionis in personam exprimens definitionem, quæ traditur in *l. actionum* 25. *ff. hoc tit.* ut sit actio, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum. Quæ definitio clarè ostendit; cui & adversùs quem hæc actio competat; & quid per eam petamus. Nimirum cùm causa hujus actionis sit obligatio: obligatio autem inter eos intercedat, inter eum qui obligatum habet, & qui obligatus est, quorum ille creditor, hic debitor dicitur; sponte hinc satis intelligimus, dari hanc actionem ei, qui alium obligatum habet, in eum qui obligatus est. Et notandum: Quòd hæc actio & eidem semper & adversùs eumdem detur. Quod adversùs eumdem semper locum habeat; ut scribit J. C. in *d. l.* 25. mirum non est: neque enim obligatio à persona debitoris separari, aliusve debitor invito creditori substitui potest. Verùm obligatio debitorem sequitur, ut lepra leprosum; *Interp. hic.* 14
Sed & quod eidem semper detur, nec alii, quàm primo creditori, ex eadem ratione itidem est: nam nec obligatio ab eo, cui primò acquisita est avelli potest, sed in persona ejus perpetuò hæret; ac proinde & actio, quæ ex ea obligatione nascitur. In summa obligationes atque actiones personales ita comparatæ sunt, ut in persona utriusque contrahentium eas radicari oporteat: adeò ut nec ab initio expressa conventione fieri possit, ut vel alius obligetur, vel alteri obligatio aut actio acquiratur, §. 3. 4. & 18. *de inut. stip. l. stipulatio* 38. §. *alteri* 18. *sup. de V. O. l.* 11. *de obl. & act.* licèt posteriùs hoc suas habeat exceptiones; de quibus dictum §. 19. *sup. d. tit.* 4. At enim verò etsi ex ratione juris creditor nomen alienare non potest hoc effectu, ut actio vel obligatio ad eum modum transferatur, quo res corporales & quæ dominii nostri sunt à nobis transferuntur; receptum tamen est, ut possit nomen & actionem vendere, aliove modo transferre hoc effectu; ut, v. c. ex vendito conveniri possit; ut actiones suas cedat: quo facto emptor procurator in rem suam constituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine eas in rem suam exerceat. Sed & non cessis actionibus placuit, emptorem suo nomine utiliùs experiri posse: quod benignè constitutum est, quo pleniùs emptori cæterisque consuleretur; *l.* 16. *ff. de pact. l.* 5. *&* 8. *C. de hær. vel act. vend. l.* 18. *C. de legat.* de quo fusè & subtiliter diss. rit Bachov. *de action. disp.* 4. *thes.* 2. *&* 3. In actione in rem utrumque contrario modo se habet. Nam cùm ea non ex alia causa nascatur, quàm ex dominio, 15
aut simili in rem jure; hoc autem jus à domino unà cum re ipsa totum ac directum in alium trasferri queat; inde necessariò evenit, ut non semper itidem; sed ei semper qui novissimè rei, de qua quæritur, dominium nactus est, in rem actio & quidem directa detur. Similique modo eùm res, quàm hac actione persequimur, ad alium atque alium possessorem transire, atque ut Jason hic loquitur, Per mille manus ambulare possit; accidit quoque, ut actio in rem non semper ad-

versùs eumdem locum habeat, sed adversùs
quemcumque, qui quo tempore agitur, rem possi-
der; *d. l. 25.* Atque hinc etiam oritur formularum
& intentionum diversitas; nam formula actionum
in rem absolutè concipitur sine designatione cer-
tæ personæ: *Ajo, hanc rem ex jure Quiritium*
meam esse: in personalibus autem relata est & di-
recta in personam rei; *Ajo, te mihi centum dare*
oportere. Petimus autem hac actione, quod no-
bis ex obligatione dandum vel faciendum est;
quod & ipsum quoque definitione superiore con-
tinetur. In obligationibus faciendi petitur id,
quod interest; in actionibus generalibus, pro so-
cio, negotiorum gestorum, tutelæ, ratio admi-
nistrationis & reliqua. Non sufficit verò, ut actor
generalem proximam causam actionis intentione
sua complectatur; puta quòd reus ei obligatus sit
decem dare, aut obligatus sit ex contractu aut
quasi; sed addenda causa propria: *Ajo, te mihi*
16 *dare oportere decem, quæ tibi dedi mutua*. In actio-
nibus in rem sufficit causam communem dicere;
hoc est, se dominum esse: etsi non adjiciat, ex do-
nato, legato aut simili causa. Ratio varietatis
hæc est: quòd qui se dominum dicit, satis dicit
de jure suo, unde scire possit adversarius, utrum
sibi expediat contendere, necne. At in actione
in personam, nisi causa obligationis propria ex-
primatur, nihil de eo reus statuere potest. Pla-
nè nomine actionis libello complecti nihil neces-
se est, cùm id apposita certa & convenienti agen-
di causa ex ipsa narratione satis intelligatur; *add.*
Gail. 1. obs. 61. Schneid. hic n. 110. & seqq. Don.
ad l. 3. Cod. de edend.

Vel ex contractu, vel ex maleficio] Subaudi: vel
quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio. Ni-
hil enim frequentius est, quàm ut appellatione
contractus etiam quasi contractus, appellatione
maleficii etiam quasi maleficium comprehenda-
tur, *§. 10. & 18. & seq. inf. hoc tit. §. 1. infr. de*
perp. & tempor. action. l. 16. de neg. gest. l. ex con-
tractibus 49. de obl. & act. Atque hæ quidem sunt
causæ principales, ex quibus obligatio atque
actio in personam oritur: sed tamen non sunt so-
17 læ. Occurrunt enim quædam actiones, quæ et-
si in personam sunt, tamē nec ex contractu nec ex
maleficio originem trahunt, sed ex sola æquita-
te dantur; quales sunt in factum subsidiariæ,
§. ultim. supr. de leg. Aquil. leg. 23. §. item quæ-
cumque, l. cum autem 52. de rei vendic. Hujus gene-
ris item est actio de tigno juncto in duplum ad-
versùs eum, qui bona fide junxit; *d. l. 23. §. pen.*
l. 7. §. cum in suo 10. de acq. rerum dom. Item quæ
datur in specie, *l. si & me & Titium 32. de reb. cre-*
dit. Et condictio sine causa aut ex injusta causa,
qua tenetur possessor malæ fidei nomine consum-
ptorum fructuum; *l. 3. C. de condict. ex leg.* Sed
neq; actio de peculio propriè dici potest descen-
dere ex contractu, quia dominus aut pater reve-
ra nihil contraxerunt. Ad exhibendum quoque
actio personalis esse dicitur; *l. 3. §. 3. ad exhibend.*
quam tamen nec ex contractu, nec ex maleficio,
nec ex simili aliquo facto obligatorio nasci con-
stat: sed dari tantùm ob summam æquitatem
conjunctam cum utilitate publica & civili; quia
scilicet quisque tenetur præstare, quod illi nullo
modo noceat, alteri etiam prosit ad obtinendum
quod sibi debetur; *leg. 2. §. 5. in fin. de aeq. pluv.*
arc. Pulchrè *Oldend. class. 3. act. 1. quæst. 2.* Postre-
mò nec omnis obligatio aut actio, quæ ex con-
ventione est, ex contractu descendit; veluti
quæ nascuntur ex pactis legitimis: atque hæc
fortassis causa est, cur Gajus *in l. 1. pr. hoc tit.*
fontes obligationum indicans, cùm contractus
& maleficii mentionem fecisset, reliquas dicat
nasci proprio quodam jure ex variis causarum fi-
guris. Revise quæ notamus *sup. ad §. ultim. de*
oblig.

Dare aut facere oportere] Verba sunt vulgaris
& usitatæ in actionibus in personam formulæ: in
qua verbum *dare* dominii translationem signifi-
cat; *§. 14. infr. l. ubi autem 75. §. ultim. de V. O.* 18
l. 25. §. de contr. empt. facere, nudum factum;
ut insulam ædificari, rem tradi; *l. 28. & 72. in*
pr. d. l. 75. §. 7. de V. O. uti & in divisione stipula-
tionum; *l. 2. pr. d. tit. §. ult. Instit. eodem.* Ait:
Dare aut facere disjunctim, sicut etiam in *§. 15. inf.*
quo tamen non hoc significat, intentionem for-
mulæ actionum in personam duplicem esse opor-
tere, quasi necesse sit utrumque semper opposi-
tum uno axiomate disjunctim disponi, formu-
lamque hoc modo concipi; *Ajo te mihi dare aut*
facere oportere: sed duas esse diversas harum actio-
num formulas; quarum una intendamus adver-
sarium dare, altera facere oportere, prout vel
ad dandum vel ad faciendum obligatus est. Pu-
taverit fortasse quispiam, cùm ex faciendi obli-
gationibus numquam agi possit ad factum ipsum
sed id tantùm quod interest in actionem dedu-
ci; *l. 13. §. 1. de re judic. d. l. 72. in fin. pr. de V. O.*
§. ultim. Instit. sup. eodem tit. fieri non posse, ut
umquam tali formulæ locus sit, qua facere opor-
tere intendatur: nam præstare id quod interest,
non esse facere, sed dare; ut quidem hoc loci
verba ista accipienda sunt. Sed rectè dicemus,
hac formula, *Ajo te facere oportere*, nudam con-
tineri intentionem actoris, quæ litem contesta-
tam præcesserit. Utique enim quod promissum
erat significandum fuit, atque apud Prætorem
proponendum: & quia fieri poterat, ut reus 19
promissum negaret; haud dubiè à Prætore quo-
que insertum fuit formulæ, hoc fortè modo,
Si paret Mævium facere debuisse, non fecisse,
quanti interest, condemnetur: Prætore ex hypo-
thesi facti promissi & probati dirigente jussionem
de condemnando non in ipsum factum, sed in
id, quod interest. Potest & mixta hic admitti
formula, *Dare Facere*; ut *Dare* accipiamus tam-
quam subrogatum, *Facere* & ad id quod inter-
est referatur.

Aliis quibusdam modis] Id est, aliis agendi
formulis. Nam illæ, quibus intendimus adver-
sarium dare aut facere oportere, non conveniunt
omnibus actionibus in personam, sed plerisque
& maximè quibus dare, iis quæ in specie dicun-
tur

tur conditiones: sunt verò & aliæ aliis in personam actionibus accommodatæ, quibus nec ut quid nobis detur propriè, nec ut fiat petimus: sed quibus, verbi causa, intendimus adversarium tradere aut restituere oportere: ut in actione commodati, depositi, pignoratitia. Neque enim arbitror, verbum faciendi in hac formula, *Ajo te facere oportere*, tam latè accipi posse, ut eo contineatur etiam rei traditio aut restitutio; alioqui hujus formulæ usus quoque esset in rei vendicatione. Sed, ut antè dixi, nudum factum significat: quod commemoratur quidem ab eo, qui agit ex obligatione faciendi, tanquam quod præstari oportuit; sed intentio tantùm dirigitur in id quod interest: quod secus est in actionibus modò commemoratis. Et ex diverso, cùm is, qui rem commodat, deponit, oppignorat, dominus maneat; certum est, nec contrariæ formulæ locum esse, neminemque posse per actionem commodati, depositi, pignoratitiam, intendere dari sibi oportere. Sed & in actionibus divisoriis, quas personalibus Veteres annumerant, alia formula principalis intentionis fuit, §. *quædam 20. infra eodem*. Quamobrem rectè opinor, Theophilum verba Justiniani & aliis quibusdam modis reddidisse, *καὶ ἑτέροις δὲ τρόποις δυνατὸν κινῆσαι τὴν ἀγωγήν. Sed & aliis modis talis actio intentari potest*. Durum certè est, verba ista referre ad illa remotiora Ex contractu, vel Ex maleficio, quasi cæteras obligationum causas indicent præter contractus & maleficia, *add. Bachov. hic & disput. 4. de thes. 1.*

Qui nullo jure obligatus) Sequitur descriptio actionis in rem, exprimens adjuncto exemplo rursus definitionem ejusdem actionis traditam in *l. 25. hoc tit.* ut sit actio, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus: & semper adversùs eum est, qui possidet; unde nullo iterùm negotio intelligi potest, cui & adversùs quem hæc actio detur, & quid petat. Ait, *nullo jure*, id est, neque ex contractu, neque ex maleficio, aliove facto aut *jure*, cujus vi persona ejus, qui in rem actione convenitur, afficiatur; ut intelligamus, non esse inter personam ejus, qui in rem agit, ejusque cum quo agitur, affectionem relationis, qualis est inter creditorem & debitorem propriè dictum: sed actioni in rem locum facere solam rem possessam, non vinculum aliquod personale.

Quo casu proditæ sunt actiones in rem] Cùm non ex obligatione, sed alia ex causa, jure scilicet in re, judicio experimur, non in personam, sed in rem actio est: cujuscumque generis jus illud sit, sive dominium directum aut utile, sive servitus, sive possessio, sive pignus. Etsi enim dominium ut principale jus in re præcipua est actionis in rem causa; & ideò quæ inde nascitur actio, per antonomasiam actio in rem & rei vendicatio absolutè dicitur, ut in dubio quoque ubi actionis in rem mentio fit, hæc ipsa intelligatur, *tit. ff. & Cod. de rei vendic.* non est tamen causa actionum in rem sola; ut apparet ex §§. qui proximè sequuntur; nisi fortè appellatione dominii, latiùs sumpto vocabulo, cætera quoque jura in rem comprehendas. Hoc §. una tantùm in rem actio proponitur, eaque civilis ac directa: & scilicet principalis illa, quæ non alii competit quàm vero rei domino, *l. 23. ff. de rei vendic.* Igitur emphyteutæ & superficiario, qui veri domini non sunt, non datur: at his datur in rem utilis, *leg. 1. §. 1. si ag. vect. leg. 74. de rei vendic.* Nimirùm propter aliud jus, quod in re habent; quod sive dominium utile, sive jus dominio proximum appelletur, parum refert. In hac autem utili actione, mutato nomine petitoris & rei petitæ, eadem omnia obtinent, quæ in directa.

Rem corporalem possideat, quam Titius suam esse, &c.] Ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda & probanda sunt; à parte actoris dominium: à parte rei conventi possessio; id quod ostendit tum hic locus, tum *l. 25. in princ. ff. eod. l. 23. in pr. junct. l. 36. & ultim. ff. de rei vend.* Primum, quod hìc intendit actor & probare debet, est, se dominum esse: etenim causa petendi in actione in rem tota fundata est in jure dominii; ex quo & formula in hunc modum concipiebatur, *Si paret, rem petitoris esse*. Atque hoc quidem dubio omni caret. Illud dubitationem habet: An ad hoc, ut in judicio in rem actor obtineat, necesse sit, ut tempore litis contestatæ dominus sit; an verò sufficiat, ante sententiam dominium ei supervenisse. Jure Canonum res definita est; nimirùm possessorem nihilominùs condemnandum esse, *c. Abbate, v. de re jud. in 6.* Ac quæritur de jure civili. Ego cum Joanne Fabro existimo, ex ratione juris civilis non hic opus esse interpellatione; per express. text. in *l. 33. ff. de judic.* qui locus non patitur ut dicamus, tempus, quo dominium supervenit, fictione juris retrotrahi ad tempus impetratæ actionis aut suscepti judicii; & benè idem Faber judicat, non procedere argumentum à reo, qui post litem contestatam possidere cœpit, ad actorem, qui post id tempus dominus factus sit: nam ex parte actoris potissimùm judicium fundatur, & res in judicium deducitur; non potest autem dici, in judicium deductum esse id, quod demum post acceptum judicium actor acquisivit: ac proinde nec potest judex datus in hac specie procedere ad condemnationem; sed nova formula à Prætore impetranda, novumque constituendum judicium est, *d. l. 23. junct. l. 18. ff. comm. div.* Planè ubi apud ipsos Magistratus judicium instituitur, quod post *l. 2. C. de ped. jud.* ferè necessarium fuit; nihil vetat, quominùs sine ambagibus rectà & eodem judicio lis decidatur, & possessor in hujusmodi casu condemnetur. Et cur verò absolveretur, mox alio judicio ab eodem condemnandus? Continuatio certè dominii in persona actoris præcisè requiritur; nam si is post litem contestatam dominus esse desierit, & in eadem causa manserit usque ad tempus ferendæ sententiæ; reus omninò absolvendus est, utpotè ces-

cessante causa agendi, cujus non minùs tempore sententiæ, quàm quo lis contestatur, ratio habetur, per *l.7. §.ult. ff. ad exhib. ita & Iaf. hic num.69.* ex communi DD. sententia. Alterum: quod ad instituendam & fundandam actionem in rem necessarium esse diximus est, ut is, cum quo agitur, possideat. Nam cum hac actione agens rem sibi ut domino restitui postulet: & secundùm naturam hujus actionis, quæ arbitraria est, officio quoque judicis continetur, ut is priùs, quàm sententiam ferat, jubeat rem restitui, *§. præterea 35. infrà eodem*; non potest aut debet hoc ab eo peti, aut is juberi restituere, qui restituendi potestatem non habet: nemo autem habet nisi is, qui rem petitam possidet. Sufficit verò ad reum condemnandum, possidere eum, quo tempore res judicanda est, etsi non possidebat, cùm lis contestaretur, *l.27. §.1. de rei vend.* Possessionem autem hic latiùs accipimus, ut eo verbo etiam contineantur nudi detentores; id est, qui corpore tantùm rem tenentes ejus restituendæ facultatem habent: quales sunt, apud quos res deposita, aut quibus commodata est, aut qui conduxerunt; &c. *leg.9. ff. de rei vend.* Sed nominato auctore non coguntur, qui alieno nomine in possessione sunt, actionem excipere, *l. 1. cod. ubi rem act.* Interpretatione juris pro possessore quoque habetur, qui se liti obtulit, judiciumque accipit, decepto petitore, *l.7. l.25. & seq. ff. de rei vendic.* Item is, qui dolo fecit quominus possideat; *l.22. & 27. § 3. l. 36. d. leg. 25. §.8. de hæred. pet.* De quo res postulat, ut plura dicamus, & si nil quid juris, si dolus non intervenerit. Si reus, cùm jam lis contestata esset, possessionem amiserit: siquidem sine dolo malo aut culpa; absolvendus est; eòque pertinet *dict. leg.27. §.1.* si culpa sua; pati debet æstimationem: ita tamen, ut audiendus sit, si desideret, ut adversarius actiones suas cedat, *d. l. 36. §.1. junct. l.63. eodem tit.* si dolo vel fraude; damnandus est quantum adversarius in litem juraverit: nec auditur desiderans actiones sibi præstari, *leg.68. & leg. sequent. eodem.* Non est autem dubitandum, quin judex perinde hic procedat, ac si is unde petitur adhuc verè possideret; scilicet ut, quæ natura est hujus judicii, primùm jubeat rem restitui; & si non restituatur; tum sequatur ea, quam dixi, & eodem judicio condemnatio: postquàm placuit, dolum pro possessione esse; & pari in omnibus jure utrumque censeri eum, qui quid habet vel possidet; & cujus dolo factum sit quominùs possideat, *l.131. l. parem 150. leg. ad eadem 157. §.1. de reg. jur. facit lex 20. §.ultim. de hæred. pet.* Proinde tantùm non nugas agunt, qui nova hic instantia & judicio opus esse contendunt hoc solo argumento: quòd adversùs eum, qui dolo possidere desiit, non directa, sed utilis actio detur; *l. 3. §. ult. de alien. jud. mut. caus.* Equidem fateor, id ita esse, cum ante litem contestatam dolo possessio amissa est: ubi verò semel judicio inclusa est actio; uti cœpta est, ita eam peragi oportet: nec petitori nocere debet dolosi factum possessoris. Porrò cùm superiores regulæ & si quæ sunt generis ejusdem, simpliciter & indistinctè definiant: dolum pro possessione esse, eumque qui dolo possidere desiit condemnandum perinde, quasi adhuc possideret; ex eo rectè colligitur: non tantùm eum, qui post litem contestatam dolo possidere desiit, pro possessore haberi; sed eum etiam, qui ante litem contestatam similiter per fraudem possessionem transtulit: ac proinde hunc quoque judicio in rem conveniri posse; quæ collectio firmatur ex *leg. in rem 23. §. pen. de rei vend. l.1. §. ultim. de tign. junct. l.9. pr. ad exhib.* item ex eo quod Cajus in *leg. petitorio 39. dict. titul. de rei vendit.* scribit: Eum, qui in rem acturus est, dispicere debere, an is, cum quo experiri vult, possideat vel dolo possidere desierit. Atque ut nullus dubitationi locus relinquatur; textus in hanc rem expressus est in *leg. 27. §. 3. §. de rei vendit.* Quia verò revera is, eum quo hic actio instituitur, non possidet, sed juris tantùm interpretatione pro possessore habetur; hac consideratione utilis hæc actio dicitur, *leg. 3. §. ultim. de alienat. judic. mut. caus.* Unicum est, quod hic objici possit, & quo moti Jason & Zasius in contrarium abierunt; nimirum si cum eo, qui ante litem contestatam dolo desiit possidere, actio in rem institui possit; frustra videri introductam à Prætore actionem in factum edicto *de alien. jud. mut. caus. fact.* Verùm hæc objectio levior est, quàm ut tantos viros turbare debuerit. Nam edictum illud non tantùm pertinet ad translationem possessionis eludendæ actionis in rem causa factam: sed generaliter ad omnem alienationem, quæ data opera fit in fraudem nostram, ut elusoria efficiatur actio, qualiscumque ea sit, qua metus erat nos experturos esse, *l 4. §.1. l.8. 9. & 10. de alien. jud. mut. caus.* Nihil verò absurdi est, si dicamus; utile judicium rei vendicationis cum actione ex edicto concurrere, ut in arbitrio actoris sit, utra actione experiri velit. Quinimò hoc disertè satis traditum est in *l. 3. §. ultim. dict. tit.* Tantùm J. C. electionem actoris ita moderatur: ut si is, cum quo ex edicto agi potest, paratus sit utile judicium pati; deneganda sit in eum actio ex edicto: scilic. quia ex oblatione fiat, ut actoris nihil intersit. Ex contrario verò concedendum non est, ut utile judicium rem defugere possit, qui paratus sit suscipere actionem ex edicto.

Possessor autem dominum ejus se esse dicat) Priscis temporibus ita moris fuit: ut cùm actor vendicasset, rem suam esse; tum possessor contra vindicaret; ut constat ex antiquis formulis, qualis est illa, quam profert Cic. *pro Muræna*: *Fundus Sabinus meus est; Imò meus.* Huic similis illa apud Plaut. *in Rudent. Hunc meum esse dico: Et ego item ajo esse meum*; vid. *Boet. in Top. Cicer. Gell. 20. Noct. Att. 10. Brisson. lib. 5. de form.* Sive autem contraria illa possessoris vindicatio olim necessaria fuerit, sive ἐπὶ τῷ πλείονι, honestatis forte causa usurpata; certum est, posterioribus tem-

temporibus ad defensionem rei nihil desideratum fuisse præter simplicem negationem & contradictionem qualemcumque. Ita enim jure, quo nunc utimur, cautum est: Ut actore non probante intentionem suam, reus, quamvis nihil ipse præstiterit, absolvatur, inque suo loco possessio maneat, *l. 4. C. de edend. l. ult. C. de rei vend.* §. 4. *inf. de interd.* Ac ne ad hoc quidem possessor compelli possit, ut vel titulum possessionis suæ edat, *l. 11. C. de pet. har.* cum tamen, qui titulum possessionis suæ dicit, non continuò dominium sibi asserat: constetque, judicium rei vendicationis etiam consistere & peragi, cum in confesso est, reum non possidere affectione domini, sed alieno nomine in possessione esse, *l. 9. ff. de rei vend.* Absurdum autem est, exigere à reo, ut quid dicat, quod aut apertè falsum sit, aut probare non cogatur: & quo non probato, nihilominus obtineat, si suam intentionem actor non impleverit. Denique nihil interest actoris, reum contra vendicare. Minimè igitur ex eo, quod Imp. exemplum hoc loco forte profert mutuæ vendicationis, inferenda est juris aliqua necessitas; quasi ad defensionem possessoris omninò necesse sit, ut is contra vendicet, & se dominum rei ejus, quæ petitur, esse contendat: & vulgatum est: Verba narrativè posita non censeri dispositiva, quando in iis principaliter legislator non fundat, ut notatum supr. § 4. *de mil. test.* quod hic non fit. Hæc vera est hujus loci & genuina interpretatio, non spuria depravatio, ut eam appellat Anton. Cont. *l. disp. 12.* stolidi alicujus ostentatoris. Derider Contius ut ineptum atque ab ignaro artis dialecticæ profectum hoc enthymema. Si actore non probante reus absolvitur, non cogitur reus contra vendicare. Ipse verò sic ex contrario ratiocinatur: Si actore probante reus condemnatur, debet reus contra vendicare. Atqui hoc enthymemate non tollitur necessitas consequentiæ, quæ est in superiore. Illud enim nihilominùs manet: actore non probante nihil nocere reo, quòd contra non vendicaverit; nec aliter falsitatis convinci connexio partium in præcedente illo axiomate potest, quàm si ostendatur, reum, qui contraria vendicatione usus non est, protinus condemnandum esse, licèt de intentione sua nihil probaverit petitor. At hoc nec Concius dicere ausus sit; quin ipse tacitè contrarium fatetur, dum ideò reo necessitatem contra vendicandi imponit, quia fieri possit, ut actor probet; ex quo quidem efficitur, prodesse reo quod initio litis contra vindicet; minimè verò ad instituendam & fundandam actionem sufficere simplicem rei inficiationem & contradictionem. Et tamen etiam hoc ipsum, quod contendit Contius, falsum esse non dubito: & possessorem, qui simpliciter negavit actorem dominum esse, non minùs audiendum, si impleta intentione petitoris, se dominum esse probare velit, quàm si initio contra vendicasset, *arg. l. 9. C. de excus.* Utique nihil hic fit contra regulas, quæ sunt de exceptionibus in principio litis contestandis. Nam si possessor licèt simplici inficiatione usus admittatur ad confutandas petitoris probationes, atque ut contra se dominum esse osteodat; non admittitur ad allegandum aut improbandum aliud, quàm quod in ingressu litis dixerat, actorem dominum non esse: cum ejusdem rei duo in solidum domini esse non possunt, *l. 5. §. ult. com.* Cùm autem actoris probationibus per contrarias rei elisis perinde habeatur, ac si nihil probatum esset; hoc unum relinquitur, ut reus absolvatur. Planè si possessor non tantùm absolvisse, sed dominum etiam declarari velit; rectè faciet & mori judiciorum antiquo convenienter, si initio in lite contestanda dominum se esse dicat, & contra vendicet; *arg. l. 18. comm. div.* Quæ sit petitio hujus actionis propria; ex his, quæ dicta sunt, spontè intelligitur: cùm enim hæc actio sit, per quam rem nostram petimus, *l. 25. de obl. & act.* prius est, ut actor intendat rem suam esse, quæ ab alio possidetur; sic deinde eam petat; id est, restitui sibi à possessore postulet: ac utrumque officio judicis, probato dominio; convenienter intentioni & petitioni suæ consequitur: nam & dominum eum esse judex pronuntiat, remque ei restitui jubet cum fructibus, & omni causa; *l. 20. & 35. § 1. ff. de rei vend.* Quòd si possessor restituere jussus non pareat; sequitur illa sententia, qua condemnatur, quanti ea res est jurejurando actoris æstimata: quandoque etiam manu militari possessio ab eo transfertur; *l. 46. l. 68. d. tit.*

TEXTUS.

De actione confessoria, & negatoria.

2. *Æquè si agat quis jus sibi esse fundo fortè vel ædibus utendi fruendi: vel per fundum vicini eundi agendi: vel ex fundo vicini aquam ducendi; in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum; veluti, si quis agat, jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ sunt actiones: ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive; istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit qui non possidet, ei verò, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sanè uno casu qui possidet nihilominus is actoris partes obtinet; sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.*

NOTÆ.

2. *Altiùs ædes suas tollendi*] Altiùs ædificatur jure servituris à vicino impositæ & ædificanti quæsitæ, ubi lege civitatis intra certum modum cohibita est ædificandi licentia, & vicinus ædificanti concessit formam præscriptam excedere: atque hoc casu actio est confessoria. Cæterùm jure libertatis & negatoria agitur, *l.* 8. *Cod. de servis.*

Ius non esse adversario utendi] De suo non de alieno jure quemque agere oportet. Sed in rebus incorporalibus qui negativè agit, magis de suo jure agere videtur quàm alieno: cum ex. ca. negat, invito se jus esse adversario utendi; &c. *l.5. pr. si us. pet.* quippè qua inficiatione vi ipsa affirmat, rem suam esse liberam, *l.* 4. §.7. *si serv. vend.*

Sed negativæ] Passim negatoriæ. Actio negatoria proposita est neganti se servitutem debere confessoria servitutem sibi asserenti; *tit. usuf. pet. & tit. si serv. vind.* quod magis ex re petita, quàm ex figura orationis æstimandum.

Proditum non est] Quoniam in controversiis rerum corporalium qui negativè agit, de alieno jure, non de suo agit; qui negat rem possidentis esse, non continuò evincit suam esse, *l.15. de except. rei jud.*

Et qui possidet, non est actio prodita &c.) De re corporali nunquam in rem actio ultro possidenti datur: quippè cui sufficit, quod possideat; *l.1. §.6. uti poss.* Secus est in servitutibus, quantum usus in alieno est.

Sanè uno casu] Ita quoque Theoph. aliàs, *Non uno casu.* Goveanus, *Sanè hoc uno casu*; id est, in controversiis servitutum: quomodo & in duobus codicibus Th. ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ θέματι. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Rerum incorporalium nomine duplicem actionem comparatam esse; confessoriam, & negatoriam utramque in rem.*
2 *An hæ actiones etiam pro alio jure dentur quàm pro servitutibus.*
3 *Actiones hasce non ex figura verborum, sed ex sententia & re petita æstimandas.*
4 *Quæ pro Triboniano & contra afferantur, ut ostendatur, benè vel malè eum inter formulas confessorias hanc ponere; Ajo mihi jus esse ædes meas altiùs tollendi: & contrariam inter negatorias.*
5 *Accurata demonstratio, dari aliquod jus altiùs tollendi, quod ei, qui altiùs tollit, jure servitutis constitutæ competat.*
6 *Actionem negatoriam de rebus corporalibus proditam esse; & quare.*
7 *Cur eadem prodita in rebus incorporalibus.*
8 *Cur in rebus corporalibus actio ultro possessori non detur. Hotomanni correctio & disputatio confutatur.*
9 *Frustra esse omnes, qui unicum illum casum, de quo in hujus §. calce, quærunt.*

ÆQuè *si agat quis*) Respicit ad id, quod di-
xit §. præcedenti, *Veluti si rem corporalem* 1
possideat quis, &c. quasi dicat: etsi modò de
actione in rem verba faciens rei corporalis men-
tionem habui; sciendum tamen est, etiam rerum
incorporalium nomine, quæ nostræ sunt, actio-
nem in rem comparatam esse; nempe de usufru-
ctu & cæteris servitutibus. Et observandum est:
quòd in hoc genere rerum non una tantùm actio
prodita sit; ut in controversiis rerum corpora-
lium: sed duæ diversæ; una servitutem sibi compe-
tere asserenti; altera neganti servitutem ad alium
pertinere, qua servitus asseritur; confessoria, qua
ad alium pertinere negatur; passim negatoria à
prudentibus vocatur, *l.2. ff. si serv. vend.* inter-
dum negativa; *l.5. usufr. pet.* & à Justiniano hoc
textu. Ambæ in rem; utpotè quibus rem no-
stram petimus, aut servitutem vendicando, aut
rei nostræ persequendo libertatem. Hinc & du-
plex horum tit. *si usufr. pet. vel ad alium pert. neg.*
si servitus vend. vel ad al pert. neg. inscriptio est
concepta iis verbis, quibus actio in rem signifi-
catur; scilicet petitionis & vendicationis; *l.25.*
& 28. *de obl. & act.* Servitutum quædam sunt per-
sonarum; ut usus & ususfructus; quædam rerum
sive prædiorum, *l.* 1. *ff. de serv.* & quæ prædio-
rum sunt; earum quædam prædiorum urbano-
rum; quædam prædiorum rusticorum. Sed de
servitutibus ipsis tractare, aut de earum constitu-
tione, non est hujus loci; pertinet ea tractatio
ad secundum juris objectum; actumque de iis
sup. lib.2. tit. 3. & 2. seqq. Quòd verò exempla
singulorum generum hic proferuntur; ideo tan-
tùm fit, ut intelligamus, de omnibus actiones in
rem quas diximus competere; nec est de eo ulla
controversia. Verùm illud quæritur: An non
præter servitutes, quæ solæ hic commemorantur,
sint alia quædam jura, quorum tuendorum causa
similiter ut pro servitutibus actio confessoria 2
aut negatoria jure nostro comparata sit; veluti
ut quis jurisdictionem sibi asserat, aut ad alium
pertinere neget. Et benè Vaud. 1. *var. q.27.* pro-
bat, non esse. Nam si plura sunt harum actionum
habilia objecta; cur solæ nominantur servitutes?
aut cur confessoria & negatoria, & ususfructus
& servitutum actiones propriæ, à Jurisconsultis
proponuntur? *l.1. & 4. ferè per tot. si serv. vend.*
l.5. si usufr. pet. quibus in locis observare licet,
hæc, ut ἰσοδυναμοῦντα, sæpè inter se permutari
actio confessoria aut negatoria, & actio de servi-
tutibus. Infamiam suam produnt in rebus ad for-
mam ac constitutionem Reip. Romanæ pertinen-
tibus, qui putant, potuisse etiam Magistratus
populi Romani hujusmodi actione aliqua saltem
utili suam sibi defendere, & vendicare jurisdi-
ctionem: nam ut actio nobis competat, necesse
est, rem quam petimus in bonis nostris esse, *ar-
gum. l. rem 52. de acquir. rerum domin.* id est, vel
nostram esse, vel nobis debitam, *l. bonorum* 49.
de

de verb. signif. quod & ostendit actionis definitio, ut ea à nobis explicata est. Jurisdictio autem non erat res Magistratuum propria, aut pars eorum patrimonii: sed ex concessione tantùm Principis aut populi, Magistratus omnes nec ultra annum eam exercebant; ut ridiculum sit existimare, pro ea sibi tuenda actionibus experiri potuisse. Planè hodie, postquàm jurisdictio facta est patrimonialis, possunt actiones de servitutibus ad eam quoque vendicandam accommodari per extensionem, ut Principes, Comites, sive alii, qui cum territorio jurisdictionem perpetuam habent, pro ea sibi asserenda utili confessoria experiantur contra eos, qui exercitionem ejus impediunt: quæ & communis est Interpp. sententia, teste Suarez *recept. sent. num. 52. adde Gail. 2. obser. 66. Schneid. hic num.* 11. Illud monendi sumus: nomina harum actionum non tam ex conceptione verborum intentionis, quàm ex re petita & eo quod effectu intenditur nata esse. Nam, ut ex definitione utriusque actionis constat tradita in *l. 2. §. 1. si serv. vend.* & exemplo proposito in *l. 4. §. competit. 7. eod. tit.* quisquis intendit servitutem sibi competere, confessoria utitur, & affirmativa ejus intentio habetur, etsi oratio verbis negativa est: & qui vi ipsa negat, rem suam servire, agit negatoria, etiamsi verbis affirmantibus intentio concepta sit. Intendit ergo aliquis habere se jus altiùs tollendi invito vicino; negatoria utitur, etsi oratio affirmativa est; quia se ipsa negat, servitutem se vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi, quo minùs ædes altiùs tollat, quo modo si concipiatur formula, etiam verbis negativa erit. E contrario, agit aliquis, jus vicino non esse ædes suas altiùs tollere; hic agit confessoria, ut maximè utatur verbis negantibus: quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi, ne vicinus altiùs ædificet; quæ intentio etiam figura orationis affirmativa est, *dict. l. 4. §. 7.* Atque hoc quidem est in dictis formulis perpetuum, ubi nulla lege civitatis libertas ædificandi circumscripta est: quòd si certa altitudo publicè constituta sit, supra quam ædificare invito vicino non liceat; eveniet nonnunquam, ut & prior formula uti verbis affirmativa est, ita & re ipsa sit, & vendicandæ servituti per confessoriam accommodata: & contra posterior ut verbis negat, ita & sententia verborum negatoriam contineat, qua servitus negetur, asseratur libertas; ut mox clariùs apparebit.

Ius sibi esse altiùs ædes suas tollendi] Si verum est quod modò diximus, utrùm actio pro confes-
A foria aut negatoria habenda sit, magis ex sententia verborum & repetita æstimandum esse, quàm ex orationis figura; videri potest, Tribonianus deceptus formularum conceptione hic aliquid turbasse, ac per incuriam formulam hanc, *Ajo mihi jus esse altiùs ædes meas tollendi*, cum aliis formulis confessoriarum conjunxisse, quibuscum nihil commune habet præter externam verborum formam. Et contra paulò post actionem, per quam intendo, jus non esse vicino altiùs tollendi, eodem errore, quia verbis negativa est, conjunxisse cum negatoriis. Nam, secundùm ea quę diximus, ut prior illa vi ipsa negatoria est, quia qui ea utitur, nullam servitutem sibi vendicat; sed effectu negat, se alteri servitutem altiùs non tollendi deberet in contraria, qua agens negat, vicinum jus habere altiùs tollendi, effectu est confessoria, quia servitutem istam suis ædibus à vicinis deberi contendit. Et quidem video, Tribonianum hoc nomine à Glossa & Hotomanno reprehendi, nec non novissimè à Bachovio, qui eo ampliùs ἁμάρτημα, istud Triboniano potiùs condonandum contendit, quàm admittendas esse inanes quasdam conjecturas, quæ pro defensione Triboniani afferuntur, excogitanturque ad formandum jus aliquod altiùs tollendi, quod quis vi servitutis sibi constitutæ confessoria vindicare possit: aut contra quo quis jure libertatis ædium suarum negatoria agat, jus esse vicino tollere ædificium suum. Et sanè species, quæ à Glossa proponitur, exemplum manifestum esse negatoriæ: nempè si cum vicino, cùm esset in quasi possessione juris, ne ego altiùs ædificatum habeam, agam, jus mihi esse altiùs ędificatum habere, quàm palam est, non servitutis, sed libertatis vendicationem esse, *l. 8. C. de servit. l. 9. ff de serv. præd. urb. l. 4 §. competit. 7. si serv. vend.* Fatendum quoque est, non quadrare exemplum, quod profert Dynus, & post eum Jason *hic num. 43.* Si oneris ferendi causa servitus imposita sit, & vicini ædibus, quæ serviunt, collapsis, alter agat, ut denuò extruantur, & in eam altitudinem paries erigatur, ut secundùm legem impositæ servitutis recipiendo oneri nostrarum ædium sit idoneus. Hoc enim exemplum est vendicationis diversi generis servitutis; nempè oneris ferendi, quam vendicando simul consequimur, ut vicinus ædes reficere cogatur. Simili quoque in errore versari fatemur eos, qui exemplum confessoriæ de hac servitute peti posse putant ex *l. 17. §. 2. de serv. præd. urb.* & nimirùm tale: Si cùm mea interesset, vicini ædes altiùs tolli, fortè ut per repercussionem lumen in meas ædes depressiores devolveretur, vicinus mihi cesserit servitutem altiùs tollendi, & postea cum eo experiar, ut altiùs tollat. Nam & hoc ęquè alienum est. Ut enim formulæ confessoriæ, de qua agimus, locus sit; quærenda species servitutis non ab eo debita, de cujus ædium sublatione agitur, & qui ob id ipse cogi potest suas ædes altiùs tollere ad commodum vicinarum; [quamquam dari talem servitutem posse non existimo, per *l. 15. §. 1. de serv.*] sed ei ipsi debita, qui tollit: ac proinde qui ad suum commodum id facere possit invito vicino, eoque non patiente, servitutem sibi competentem vendicare hac formula, *Ajo mihi jus esse ædes meas altiùs tollendi*: aut *Licere altiùs tollere, l. 2. de serv. præd. rust. l. 7. 1. comm. præd.* Denique fateor: si pactione aliqua libertatem ædificandi mihi ademero, eaque contrario pacto mihi rursus concessa sit; ne sic quidem jure servitutis mihi posteriori pacto constitutæ intendere me

posse,

posse, licere mihi altiùs ædes meas tollere. Quippe cùm posteriore pacto non nova mihi servitus à vicino constituatur; sed quæ illi à me constituta erat remittatur, ut jam res mea redeat in libertatem naturalem: de qua si experiar, agam quidem, jus esse mihi altiùs ædificare: sed jure rei meæ, quæ jam ampliùs non serviat, ac proinde actione negatoria, *dict. l.2. §.1. & dict. l.4. §.7. si serv. vend. junct. l.8. Cod. de servit.* Idemque dicendum esse, si vicinus quod juris contra me longa quasi possessione sive præscriptione quæsierat, postea remiserit. Et hactenus quidem nihil rectè pro Triboniano. Sed est aliud, cujus paulò ante mentionem feci, quod ad defensionem ejus adferri potest, non in vana aliqua conjectura positum, sed subnixum manifesta auctoritate conditorum juris, quam frustrà conatur eludere Bachovius; ut fusè probavimus in exegesi §.1. *sup. de servit. præd.* quamobrem hìc erimus breviores. Quicquid ergo dicat Bachovius, dari aliquod jus altiùs tollendi, quod ei qui altiùs tollit, jure servitutis constitutæ competat; patet ex Gajo *leg.2. de servit. præd. urb.* qui eo loco disertè dicit: Jus altiùs tollendi esse jus urbani prædii, atque hoc ipsum jus ut servitutem diversi generis segregari à jure non extollendi. Idem facit Paul. *l.1. dict. tit. & leg.7. §.1. comm. præd.* item Nerat. *l.2. de serv. præd. rust.* ubi apertissimis verbis rustici prædii servitutem esse pronuntiat: *Licere altiùs tollere, & officere prætorio vicini*. Loquitur Jurisconsultus suo arbitratu, ex loco prædium rusticum appellans ædificium, quod juris est, non considerato juris effectu: cujus alioqui consideratione etiam ædificia, quæ in agris sunt, pro urbanis prædiis haberi solent, *leg. 1. comm. præd. l. urbana 198. de verb. signific.* quod ad rem præsentem nihil pertinet, & alibi explicatum est. Accedit, quòd in *leg.1. Cod. de servit.* rescriptum ab Antonino est: Servitutem altiùs sublatum habendi, sive contra veterem formam ædificiorum ædificandi, longa possessione acquiri posse. Quæ Constitutio evertit commentum Bachovii negantis jus altiùs tollendi servitutem dici posse, nisi quatenus relatio fit ad vicinum, qui altero altiùs ædificante, ipse contra ædificare & luminibus ejus officere jure constitutæ servitute non potest; ut supradicto loco pluribus ostensum est. Hoc igitur posito, dari hujusmodi aliquam servitutem; restat, ut exempla proferamus. Ea nobis suppeditantur, *l.11. de serv. præd. urb. l.1. leg. pen. §.1. Cod. de ædif. priv. l.1. Cod. de servit. leg.14. de serv. præd. urb. Tacit. libr. 15. annal. Strabo lib.5. Aurel. Victor. in epitom.* quibus omninò adde *Pet. Fab. ad leg. demum suam 61. de reg. jur.* Hi loci atque Auctores nos docent: ædificiorum altitudinem olim restrictam fuisse ad certum modum, & in plerisque civitatibus, & ipsis etiam urbibus Roma & Constantinopoli; quem modum excedere ædificando non liceret: deinde etiam non potuisse dominum in area sua ædificare, nisi intermisso legitimo spatio à vicina insula, ut testatur Papin. *dict. leg.14.* Utrumque autem in vicinorum gratiam: illud, propter discrimen ac periculum ruinæ, quod non minùs vicinum quàm dominum ipsum tangit; hoc, ut saltem tantum luminis, quantum distantia illa afferebat, vicini haurire & cœlum videre possent: notum enim est, quò magis distat à vicino paries, eò minùs in eo ædificantem luminibus vicini efficere: fortassis etiam propter metum incendii, quo in una domo orto, contiguæ quoque facilè corripiuntur. Cohibita igitur lege civitatis intra certum modum ædificandi licentia, & ea, qua dixi, gratia, jus altiùs tollendi aliàs libertatis esse potuit; non rarò item contra, impositæque à vicino & alteri quæsitæ servitutis: sicuti & nunc esse potest, sicubi locorum certa ædificiorum forma altitudoque publicè constituta est, supra quam ædes extollere invito vicino non liceat. Nam si forma præscripta non exceditur, hactenus liberè & jure rei suæ quisque ædificat, potestque id facere etiam cum incommodo vicini, eoque obtinente: uti jure gentium ædificare quisque potest in infinitum, cùm nulla ædificiorum forma definita est, *l.9. & 11. de servit. præd. l.8. Cod. de servit.* nimirùm in suo facere quisque quod jubet potest, dum in alienum nihil immittat; *leg.8. §.5. si serv. vend.* Proinde si quis hic prohibitus à vicino ad modum præfixum ædificare intendat contra prohibentem, jus sibi esse altiùs ædificandi; is ædes suas hactenus liberas esse contendit, negans, servitutem se debere: utiturque ex definitione, *l.2. §.1. d. tit.* actione negatoria, non confessoria; ut fatendum sit, erravisse Tribonianum, si credidit, pro vendicando jure altiùs tollendi confessoriæ agi: si jus illud aut planè liberum sit, aut restrictum quidem ad certum modum, sed intra quem agens consistere volet. Sed ponamus, ædificantem definitam lege municipali formam sive altitudinem non custodire; hic jam reperiemus exemplum & actionis confessoriæ de servitute altiùs tollendi, & negatoriæ de servitute contraria non extollendi. Nam si vicinus mihi concesserit jus, invito se supra eam altitudinem ædes meas tollendi & officiendi luminibus suis; hoc jus servitus erit, qua pati debeat, quod priùs pati jure publico non cogatur, altiùs me ædificare cum incommodo suo: quod pati utique servitutis est, *leg.15. §.1. de servit.* & proinde si me impediat, quominùs altiùs ædificem; hìc locus erit actioni confessoriæ, qua intendam, jus mihi esse ædes meas altiùs tollere: quam servitutis vendicationem esse in specie proposita dico, cùm ex jure impositio cum vicino agam, contendamque, eum hanc mihi servitutem debere, ut cogatur altiùs ædificantem pati. Ex contrario si vicinus nullum mihi jus cesserit, atque ego nihilominùs supra statutum modum ædificare incipiam; hìc jam locus erit negatoriæ, qua vicinus intendat, jus mihi non esse, invito se ædes meas extollere: quæ libertatis vendicatio, non servitutis est; cùm hac intentione servitus hæc mihi deberi negetur, vicini ædes hactenus liberæ esse

dicam-

dicantur, ut me altiùs ædificantem non cogatur pati. Simile exemplum fingi potest, si certum aliquod spatium jure publico definitum sit, quod in ædificando intermittatur à vicini insula, *juxta l.14. de serv. præd. urb.* Atque his casibus etiam servi utis, quam quærimus, locum obtinet longi temporis consuetudo: ut scriptum est in *l.1. C. de serv.* His autem, quæ diximus, non obstat, quod priùs confessi sumus: si libertas adempta sit pactione, puta quia inter me & vicinum convenerat, ut ad certam dumtaxat altitudinem ædificarem, & idem vicinus mihi posteà concesserit ædificare altiùs; non novam hic mihi servitutem constitui, sed constitutam pacto posteriore remitti, remque meam sic redire in pristinam libertatem. Cùm enim lege potestas naturalis liberè ædificandi sublata est, licèt unus è vicinis mihi cesserit jus altiùs ædificandi, quàm invito eo per legem liceat; manet tamen res mea affecta eadem conditione & qualitate respectu cæterorum vicinorum, quorum interest, ædes meas altiùs non tolli: nisi ponamus, omnes simul cessisse; quo casu concedam, liberas eas fieri. Ad hujusmodi igitur statuta, facta in gratiam vicinorum, interpositasque contrarias pactiones, aut ad longi temporis in contrarium usum, si Tribonianus respiciens, formulam, qua quis intendit, jus sibi esse ædes suas vicino altiùs tollere, confessoriis adscripsit, & contrariam negatoriis; nullus error ei objici potest. Addimus semper *vicinorum gratia*. Nam si quid præcisè constitutum sit non habita ratione vicinorum, sed ornatus tantùm publici causa; locum habet regula: Pactis privatorum juri publico derogari non posse; *l.38. de pact. cum simil.* Vidit hoc primus Joan. Faber; diligentiùs exposuere Zas. Bar. Don. & novissimè Christoph. Riccius in *præmiss. vend. jur. cap.14.* Si cui tamen adhuc scrupulus hæret, eximent, quæ scripsimus suprà memorato loco.

7 *Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est*] Actiones in rem de rebus incorporalibus sunt duorum generum; confessoriæ, & negatoriæ: de rebus corporalibus generis unius, omnes scilicet confessoriæ: quamquam in harum rerum vendicatione verbo *Confessoriæ* non utimur; quia nulla in iis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, Quòd quicumque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, eum de suo jure, non de alieno agere oporteat, *l.5. si usufruct. pet.* id est, ita agere, ut dicat, aliquid esse suum; non autem simpliciter neget, esse alienum: nec refert, de re corporali agatur, an de incorporali servitute, aut rei nostræ libertate. Estque in promptu hujus rei ratio. Nam qui alienum esse negat, nihil hac intentione jus suum promovet: cùm si res adversarii non sit, non continuò sequatur, eam esse agentis; & fieri possit, ut sit neutrius. Rerum autem corporalium ea natura est, ut qui rem, quam petit, adversarii esse negat; non ideò affirmet, hic quicquam suum esse: unde est, quòd inutilis hic sit agenti negatio, ut agenti non de jure suo, sed alieno dumtaxat. In servitutibus verò contra est: nam qui servitutem se debere negat, hac inficiatione vi ipsa simul aliquid suum esse affirmat, id est, rem suam liberam esse, *l.4. §.7. si serv. vend.* & proinde de suo jure, non alieno agit; ut est in *d.l.5. si usufr. pet.* quæ res facit, ut negatio in his rebus agenti inutilis non sit. Et negatoria igitur actio ipsa quoque in servitutibus admissa est: non ut negans, sed ut affirmans, & ut confessoria; idque exemplo quoque rerum corporalium.

Nam in his agit, qui non possidet] Ratio declarans id, quod proximè dixerat; actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse: quia scilicet sic comparatum est, ut in his solus agere possit is, qui non possidet, cui actionem negatoriam dari natura rerum non patitur; de quo plura paulò post. Indicatur autem hìc alia controversiarum de rebus corporalibus & incorporalibus differentia: nimirum quòd in istis is solus agere possit, qui non possidet; in his etiam, qui sit in possessione. Videamus quàm rectè. Si rem corporalem possidenti in rem actionem dari volumus; ea aut confessoria erit, aut negatoria. Ut confessoria possessori detur, ne natura quidem hujus actionis admittit: quippè per quam petimus, ut res, quam nostram esse asserimus, nobis restituatur. Hæc verò intentio nullo modo potest convenire possessori. Ridiculum enim est petere, quod debeas, aut quid restitui ab eo, qui non habeat, ac proinde restituere non possit. Contradictionem quoque implicat, si quis intendat, se possessorem esse, & nihilominùs rem sibi restitui postulet ab adversario. Quòd si contendat, rem non esse penes adversarium, & tamen ab eo sibi velit restitui, cum ipsa rerum pugnat natura, per quam fieri non potest, ut quis restituat, quod non habet. Negatoria quominùs possessori detur, natura impedimento non est: nihil enim prohibet, actionem ultrò possessori dari adversus turbatorem, eumve, quem sibi possessionis controversiam facturum metuit, ne inquietetur, exemplo negatoriæ de servitutibus, *l.5. §.pen. si usufr. pet.* sed tamen ne hæc quidem possessori rei corporalis prodita est, quia visa est non necessaria: & sufficere possessori ad securitatem, quòd possideat; *l.1. §6. uti possid.* Planè ad evincendum rem suam esse, quod quavis actione in rem agens effectu intendit, tam possidenti rem corporalem quàm non possidenti inepta & inutilis est negatoria: quia nemo se dominum esse, aut rem suam esse vincit, propterea quòd negat esse adversarii; ut dictum est suprà. In rerum incorporalium sive servitutum & libertatis vendicatione omnia contrario modo se habent; nam nec minùs is, qui est in possessione servitutis, de servitute confessoria agere potest, quàm is, qui non est in possessione; & contra is non minùs, qui est in possessione libertatis, de jure suo experiri negatoria potest, quàm si non sit. Et hoc est, quod Ulpian. scribit: In ser-

servitutibus posse eumdem & possessorem juris & petitorem esse, *l.6.§.1. si serv. vind.* & quod traditur in *l.8 §.3. d. tit. l.5. §. ult. si serv. pet.* Nascitur hæc diversitas ex eo, quòd rerum corporalium possessio ita comparata sit, ut nemo eam possessori, dum rem suam tenet, nisi per vim intervertere possit: ut adeò supervacuum sit, actionem ei ultrò dari, cùm ad securitatem hoc ipsi sufficiat, quod possidet; *d.l.6.§.6. uti possid.* Rerum verò incorporalium sive servitutum possessio consistit in nudo nostro usu, & alterius patientia: estque is usus non rei nostræ, quam penes nos aut in potestate nostra habemus, sed alienæ; & plerumque in alieno, ut facilè sive scientibus sive ignorantibus nobis hic usus impediri possit. Actus mihi constitutus est in prædio alieno, patiente domino fundi aliquamdiu usus sum servitute, qui usus possessorem me facit; *l.3. de usufr. l.ult. de serv.* potest tamen dominus fundum suum occludere, cùm videtur, & hunc mihi usum servitutis impedire. Tignum immissum habeo in parietem vicini: ego sum possessor; *l.8.§.2. si serv. vend.* totum tamen hoc in potestate vicini est, qui quoties vult, efficere potest, ne tignum immissum habeam, vel sciente vel ignorante me, tignum præcidendo, vel diruendo parietem. Hæc autem res cùm faciat, ut effectu nec servitutem possidere videar: certè non ita possidere, ut mihi sufficiat, quòd possideam, qui non eò magis sum securus; ideò meritò hæc actio necessaria visa est, qua consequar servitute utendi securitatem, *l.5. §. ult. si ususfr. pet.* Eadem libertatis, cujus nomine negatoria agitur, ratio est; nam & libertatis rei nostræ possessio, nudi usus est, & in patientia alterius sive vicini, qui ea nos uti liberè patitur: quam patientiam, etsi aliquando præstitit; potest tamen, cùm vult, non præstare, & nos vel scientes vel ignorantes in hac possessione turbare, usurpando servitutem. Quia igitur nec hic possidenti ad securitatem sufficit quòd possideat; prodita est ei actio negatoria, qua ultrò judicio experiatur, libertatemque rei suæ asserat hoc effectu, ne in posterum inquietetur; ut loquitur Ulp. *in d. l.5. §. ult. si ususfr. pet.* Notandum autem; etsi possessor juris ultrò actionem moveat; lite tamen instituta, eum, qui non possidet, petitoris partes & onera sustinere: commodo autem possessoris sui, qui est in possessione, ut maximè actionem ipse instituerit; *l.8.§.3. si ser. vend.* & ideò frustra hic nobis objici, quod è Veteribus constanter traditum est: Non posse inter litigatores aliter litem expediri, quàm si alter petitor, alter possessor sit, *l.inter 62. de jud. l.1. §.3. uti possid. §.4 inf. de interd.* Ut redeam ad proposita verba textus; ait Justinianus: In rebus corporalibus eum agere, qui non possidet. Quid ergo hoc ad probationem ejus, quod priùs dixerat, Actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse? Hoc nimirum; ut si aliqua de his rebus actio negatoria alicui accommodari possit; non possit tamen non possidenti. Jam verò in istis rebus si quis agat, eum solum jure agere, qui non possidet. Ex quo spontè vult intelligi: actionem negatoriam in rei corporalis vendicatione locum non habere, sed confessoriam dumtaxat. Et potest etiam revera quisque hoc per se intelligere, posito eo, quòd in rebus corporalibus is solùm rectè agat, qui non possidet. Etenim si dari aliquam in proposito actionem non possidenti volumus; ea non alia esse potest, quàm per quam rem suam petat, ac proinde quam & suam esse intendat: nam si neget suam esse, in se telum torquet: si neget esse adversarii, nihil hoc ad probationem ejus, quod intendit, rem scilicet suam esse. Relinquitur ergo, ut non possidenti non alia actio in lite de re corporali accommodari natura possit, quàm confessoria.

Ei verò, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse] Hæc pars apertè per adversativam à præcedenti distinguitur tamquam diversum continens. Quod ergo illud est? Nempe hoc. In priori parte enuntiari dixit: In controversiis rerum corporalium eum agere, qui non possidet; ex quo solo intelligi voluit: actionem negatoriam huic accommodari non posse; ideò verò non posse, quia natura rerum non patitur, talem actionem ad rem suam petendam non possidenti dari. Nunc ei item qui possidet, eamdem actionem detrahit; sed ita loquitur, ut non obscurè indicet, esse id ex alia causa quàm ea, ob quam qui non possidet, hac actione agere nequit: non enim naturam obstare, quominùs possidenti detur actio adversùs turbatorem, qua neget rem ejus esse, & sic quiescere eum per judicem jubeat; quomodò agitur interdicto, *l.1. §.4. & 6. uti possid.* sed tamen possessorem rei non ita agere, quia talis actio jure ei non sit prodita. Cur autem prodita non sit, jam ante explicatum est. An ergo dabitur confessoria? Minimè. Neque hoc ex eo, quòd possidenti tantùm detrahit negatoriam, contra mentem Justiniani colligendum est; cui solùm propositum probare, negatoriæ actionis in controversiis de re corporali nullum esse usum. Ex his jam satis patere arbitror, causam nullam esse, cur quæ certò hic scripta sunt mutemus, aut vellatum unguem recedamus à constanti librorum omnium lectione. Theoph. in paraphrasi sic locum Græcè reddidit: τῷ γὰρ νεμομένῳ οὐ δίδοται in rem. An ideò, quia paraphrastes verba illa, *Per quam neget rem actoris esse*, non expressit, sed simpliciter & generaliter scripsit: Actionem in rem ei, qui possidet, proditam non esse; prorsus locus hic mutilandus, & verba ista detrahenda sunt? Nam etsi non detrahas; recta tamen & vera est loci sententia: licèt, si demas, apertior. D. Hotomannus, cui tota periodus suspecta est, locum censet restituendum hoc modo: *Ei verò, qui non possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alterius esse*; aut fortè *auctoris*. Sed nulla, ut ego quidem existimo, necessitate: nam & particulæ adversativæ *Verò* sua vis constat retenta lectione communi; ut paulò ante demonstravimus: & verum est, actionem negativam possidenti non esse proditam, cùm sit nulla; teste Ulp. *l.1. §.6. uti poss.*

Ipse

Ipse Hotomannus dum colorem inferendæ negationi quærit, imprudens quod dictum in Justiniano culpaverat, mox laudat, ut præclarè dictum ab Ulpiano. Frustra autem pro voce *actoris* substituas *alterius* vel *auctoris*: cùm ex verbis Justiniani præcedentibus & antithesi, qua actorem opponit ei, qui possidet, perspicuum sit, actoris verbo hìc intelligi eum, qui non possidet; non qui nunc actor sit, sed qui, si hoc casu ageretur, actor esse deberet. Sic ergo adstructa hujus loci lectione & sententia, videamus, an rectè & legibus argumentandi convenienter hìc disputet Justinianus: nam hoc quoque ab Hotomanno negari video. Sic concludit: *Controversia omnis, quæ de rebus corporalibus actione in rem movetur, aut movetur ab eo, qui rem non possidet, aut ab eo, qui possidet: neutro autem in genere locum habet negatoria actio: ergo in totum in his controversiis locum non habet*. Benè, si quid umquam. Probatio enim est ab enumeratione partium, quarum à singulis in assumptione removetur actio negatoria. Quod ad efficiendum id, quod propofuerat, firmum & satis est. Quamobrem mirari satis non possum, D. Hotomannum, qui scribit, sæpè se tentasse, aliosque etiam artifices se peritiores adhibuisse, quò hanc Justiniani ratiocinationem revocaret ad aliquam argumentationis formam, ex qua vera sententia eliceretur; sed non profecisse hilum. Sic enim ille omninò existimat, in priore parte assumptionis Justinianeę, quæ hæc est, *Nam in his agit, qui non possidet*, subaudiendum, *Negatoria verò semper possessori datur*. Ut sit hæc collectio: *Negatoria semper datur possessori: In controversiis rerum corporalium semper agit is, qui non possidet: Quare in istis controversiis non est prodita actio negatoria*. Fatemur hujus syllogismi propositionem falsam esse: sed negamus, Justinianum sic argumentari, aut in argumentatione ejus subaudiendum, quod Hotomannus existimat: rectam enim esse sine illo, abundè probavimus.

9 *Sanè uno casu*. Frustra sunt omnes, qui unum hunc casum aut adhuc quærunt, aut se invenisse putant: neque existimo, Justinianum ad quærendum unum casum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem ablegare voluisse ad latissima volumina Pandectarum. Quare cùm Donell. & Vvesemb. legendum hoc loco arbitrarer, *Sanè non uno casu*, &c. veluti in probandis exceptionibus, aut si possessor fiducia causæ suæ ultrò onus probandi in se susceperit, *leg. circa eum. 14. leg. in exceptionibus 19. de probat.* & si qui sunt similes. Quod etiam verbis Justiniani convenientius est: quippe qui non ait, possessorem rei corporalis aliquo casu agere aut actorem esse; sed partes actoris, id est, onus probandi sustinere. Id verò non uno casu, sed pluribus accidit. Denique hoc eodem modo locum hunc in quibusdam exemplaribus legi, testis est Æmylius Ferretus. Alii *Sanè hoc uno casu*, ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ θέματι. Theoph.

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis realibus.

3. *Sed ista quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt, quas Prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem quàm in personam: quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ut ecce: plerumque ita permittit Prætor in rem agere, ut vel actor dicat, se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.*

COMMENTARIUS.

1 *Divisionem hìc propositam, æquè principalem esse ac superiorem: & unde sumpta.*
2 *Legitimum quid propriè, & quid latiùs in usu juris.*
3 *Prudentum non fuisse, actiones dare.*
4 *Non omnes actiones, quæ edicto Prætoris proponuntur, esse prætorias.*

INsinuatur hìc alia actionum divisio sumpta à causis efficientibus remotis, jure civili scilicet, & jure prætorio: quæ æquè principalis est, atque superior illa à causis proximis; nam omnes omninò actiones, sive in rem sint, sive in personam, aut civiles sunt, aut prætoriæ, quæ passim etiam honorariæ appellantur, *l. actionum 25. §. ultim. de obl. & act.* Ad eumdem modum atque ex iisdem causis dividuntur obligationes *sup. tit. de obl.* §. 1. quæ divisio in illo tractatu non ut hìc secundo, sed primo loco proponitur, & demum post eam altera à causis efficientibus proximis. Quippe in hujusmodi partitionibus parum refert, unde incipiantur.

Istæ actiones, quarum mentionem habuimus.) Palam est, Justinianum his verbis non intelligere genera ipsa actionum, quæ antè nominavit: sed certas species horum generum antea expressas; vid. vendicationem rei corporalis, & de servitutibus confessoriam & negatoriam. Actionum in personam, speciem nullam expressit: itaque nec his verbis illarum aliqua significatur: sed contineri possunt iis, quæ proximè sequuntur.

Et si quæ sunt similes.) Similes sunt ex actionibus in rem, petitio hæreditatis, *l. 1. 2. 3. de hær. pet.* confessoria & negatoria de servitutibus aliis, quàm quas supra commemoravit: ex actionibus in personam illæ, quæ eamdem originem & causam remotam habent; nimirum quæ competunt ex obligationibus jure constitutis aut approbatis: quæ cùm innumeræ sint, supervacuum putavit, aliquas exempli causa proponere.

Ex legitimis & civilibus causis.] Legitimum propriè dicitur, quod ex lege, id est, ea parte ju-

ris, quæ propriè lex appellatur in divisione juris civilis, §. *lex est sup. de jur. nat. gent.* Sed in usu juris latiùs accipi solet, ut eo nomine etiam id significetur, quod est ex aliqua parte juris civilis, quæ legis vim habet, puta Plebiscitis, Senatusconsultis, Constitutionibus Principum, *l. 6. de pact. l. 7. de cap. min. l. 3. §. pen. pro soc. l. 14. §. ult. de præsc. verb. l. 2. §. ult. l. 3. unde legit.* Itaque actiones, quæ ex illis causis descendunt, omnes sunt civiles & legitimæ. Quod addit *Et civilibus*, eo comprehendere voluisse videtur etiam actiones, quæ competunt ex obligationibus, quæ à jure civili præter confirmationem nihil habent: & nimirum quarum causæ eædem, quæ & obligationum; contractus scilicet juris gentium omnes, & quasi contractus, de quibus egit supra in argumento obligationum, *arg. §. 1. de oblig.* Consultò inter causas actionum civiles non numeravi interpretationem prudentum: quippe ex qua parte juris nullæ unquam actiones datæ sunt, aut dari potuerunt. Neque enim prudentum fuit, actionem constitue-
3 re, sed an data esset lege interpretari, & eam quæ data erat ostendere, *l. 2. §. deinde 6. & §. ita in civitate 12. de orig. jur.* A prudentibus quidem & tota ea pars juris civilis perfecta est, quæ dicebatur legis actiones: cæterum ea non actionum constitutionem, sed ex actionibus constitutis agendi formulam continebat, ut apertè declarat *Pompon. d. loc.* Hoc obiter monere volui propter eorum errorem, qui putant, eam fuisse auctoritatem prudentum, ut ipsi etiam ex causa aliqua actionem parere & constituere potuerint.

Ex sua jurisdictione.] Id est, ex suo edicto; ut passim alibi jurisdictione pro edicto, *l. 1. §. pen. de postul. l. 7 de jurisd. & simil.* nam edictum pars erat jurisdictionis prætoriæ, *l. 2. §. eod. 10. de orig. jur.*
4 Enimverò non est argumentum actionis prætoriæ, quòd Prætor dicat edicto suo, *Actionem dabo.* Solebant enim Prætores etiam actiones civiles edictis monitoriis proponere. Exemplo sit actio commodati, *l. 1. commod.* Sed eæ dumtaxat prætoriæ sunt, quas ipsi Prætores ex jurisdictione sua introduxerunt: quod ab iis æquitate postulante ut plurimùm factum est, cùm actiones civiles deficerent.

Necessarium est exemplis ostendere] Necessarium non absolutè, sed cum adjuncto, si velimus id, quod dictum est, rectè intelligere. Quamquam autem longè plures sunt actionum prætoriarum species, quàm quæ à Justiniano postea proferuntur: tamen ad rem, quam proposuit, declarandam omnes recensere non existimavit necessarium.

Ut ecce.) Indicantur hìc prætoriarum in rem actionum species duæ; publiciana, & rescissoria, quæ postea latiùs & separatim suis singulæ paragraphis explicantur, §. 4. & 5.

Actor dicat, se quasi usucepisse.] Hæc intentio est publicianæ. illud, quod sequitur, *Vel dicat, adversarium suum non usucepisse*, pertinet ad rescissoriam. Illic fingitur dominium quæsitum, quod revera quæsitum non est: hìc contra fingitur retentum, quod revera juxta rationem juris civilis est amissum.

Ex diverso possessor dicat] Verbum *possessor* expungendum videtur: nam possessori numquam ultro actio datur; & constat, de actore in utroque exemplo hìc agi: nisi possessorem interpretemur, non qui nunc possidet, sed qui olim possessor fuit. Utique id malim, quàm cum Russard. Cujac. Hotom. pro *Possessor dicat adversarium suum*, &c. legere *Possessorem dicat adversarium suum non usucepisse.* Id est, dicat, possessorem eumdemque adversarium suum non usucepisse. Quis enim ferre posset in oratione prosa tam ineptè affectatam trajectionem verborum tamque duram & inconcinnam constructionem?

TEXTUS.

De Publiciana.

4. *Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita sit, (veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum ejus rei dominus effectus est: si is eius rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita prodita sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vendicet. Sed quia sanè durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est à Prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vendicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum à Publicio Prætore in edicto proposita est.*

NOTÆ.

4. *Necdum dominus effectus*] Propterea quòd rem à non domino acceptam nondum usucepit. Nam si res usucapta sit, actio honoraria ei necessaria non est, cùm habeat civilem, *d. l. 1. §.* quamquam si nihilominùs honorariâ agere sub qualitate bon. fid. possessoris malit, hoc ei permittendum, *Mynſ. num. 28.*

Directam actionem.] Id est, quæ jure civili prodita sit: nam jure civili in rem actio soli domino competit, *l. 23. de rei vend.*

Durum erat.] Iniquum Prætori visum, extraneum quemlibet vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu amisisset. Dixi *extraneum*; quia justi dominii exceptio meritò Publicianæ objicitur, *l. pen. & ult. de publ. in rem act.* Cujac.

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Justa causa quæ hic accipienda.*
2 *Cur ut Publiciana competat, necesse sit rem traditam esse: & num aliquando ei competat, cui necdum tradita fuit.*
3 *An & de rebus incorporalibus. Ubi de bona fide, &c.*
4 *An Publiciana etiam vero domino detur; & an cum rei vendicatione cumulari possit.*
5 *Cur requiratur, ut amissa sit possessio, & amissa casu.*
6 *Causa hujus actionis introducendæ.*
7 *Quæ sit & qualis in hac actione petitoris intentio.*
8 *Adversùs quem detur: quid ei obstet: tum quis ejus exitus.*

PRoponitur hic actio in rem Publiciana, sic dicta à prætore Publicio, qui primus eam introduxit, ut hìc in extremo testatur Justinianus. Porrò hæc distinctè de hac actione complectitur; qua ex causa cui competat, quo jure introducta, & quæ causa ejus introducendæ, quid in ea actor intendat. Adversùs quem competat, quod præcipuè notandum erat, hìc prætermissum est: quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris, attingemus.

Si res aliqua.] Nempe aliena, ut est in edicto, *l.1.h.t.de Pub.in rem.act.* Hìc autem illud addi necesse non fuit, quia postea satis indicatur illis verbis, *Et nec dum ejus rei dominus effectus est.* Quod non aliter contingit, quàm si is, qui tradidit, dominus non fuit: alioqui enim traditione statim dominus efficeretur, qui accipit, *§. per traditionem 40. sup. de rerum divis.*

1 *Ex justa causa.*] Justam causam accipimus eam, ex qua re à vero domino tradita statim dominium in accipientem transiret, *l.13.eod.in pr.* Quod intellectum ex eo, quod sequitur in edicto, *Et nondum usucaptum petet*, *d.l.1.eod.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, ut usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit, *sup.de usucap. in pr.* Causæ pluribus indicantur, *d.l.1.§.ult.& aliquot.ll.seqq.* Hìc tantùm exempli loco quatuor proferuntur, emptio, donatio, dos, legatum. Igitur nulla ex his causis præcedente cessabit Publiciana. Sed quid si justo errore facti causa subesse putetur, quæ non sit, veluti si quis emerit à furioso, quem sanæ mentis putabat? Probarem distinctionem Accursii in *l.7.§.2.h.t.* ut ex hujusmodi emptione contra furiosum quidem ipsum eumdemque venditorem Publiciana non detur, per *l.2.§.si à furioso 16.per emp.* detur tamen contra extraneum, *d.l.7.§.2.*

2 *Tradita fuerit.*] Ut Publiciana competat, exigitur ut res tradita sit, *d.l.1.d.l.7.§.pen. & ultimo eod.* quod hanc rationem habet; quoniam antequàm res tradita est, nemo se dominum factum prætendere potest: cùm non nudis conventionibus, sed traditionibus, dominia rerum transferantur, *l.traditionibus 20.C.de pact.* Cæterùm hoc ad eas tantùm species pertinet, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut possessionis apprehensione opus est: nam quibus ex causis dominium adipiscimur etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea Publiciana experiri licet, ut disertè responsum est de eo, cui ex Trebelliano restituta est hæreditas, *l.12. §.1. hoc tit.* item de domino, cujus servus, cùm in fuga esset, rem à non domino emit, *l.si servus 15.eod.* quibus casibus cùm usucapio procedere non possit, *l.sine 25.de usucap.* apparet, prætentionem dominii per usucapionem quæsiti non esse hujus actionis requisitum essentiale: ac proinde non 3
esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse, nisi qui sit in conditione usucapiendi, licèt secus existimet D.Bachov. *disputat.3.de act.thes.18.* Sed & hoc falsum esse existimo, quòd umquam petitor hanc actionem instituens expressè intendat aut prætendat se usucepisse. De quo pluscula inferiùs. Porro & de usufructu & de servitutibus per traditionem constitutis Publiciana datur, *l.11.§.1.hoc tit.* In his autem pro traditione est usus ejus rei & servitutem constituentis patientia, *l.ult.de serv.* Planè, si quæ res sit, cujus alienatio aut usucapio jure est prohibita, de ea, ac si ex justa causa tradita sit, Publiciana competit, *l.9.§.pen.d.l.12.§.4.eod.* Etenim si tantùm ideò res usucapi non potest, quia non possidetur adversùs dominum, ut accidit in prædiis vectigalibus & superficiariis, potest huic actioni esse locus, *d.l.12.§.2.& 3.* Quid enim impedit, quominùs possessor rei emphyteuticæ aut superficiei usucapiat adversùs eum, qui tale jus constitutum habet? Azo *in summ.ad hunc tit.n.15.* Illud etiam quamquam hìc omissum est, exigitur, ut res accepta sit bona fide, id est, ut accipiens putaverit, eum, à quo accepit, dominum esse, aut jus transferendi habere, *l. bonæ 109. de verb.sign.* In emptore hoc amplius requiritur, ut & bona fide rem emerit, sicut & in usucapione, *l.7.§.pen.& ult. hoc tit. l.2.pr.pro empt.* de quo explicatum *sup. de usuc. in pr. Mynsing. hic, num. 25. Schneid. num. 41.*

Nec dum ejus rei dominus effectus.] Propterea 4
quòd rem à non domino acceptam nondum usucepit, *l.§.1.hoc tit.* Ulp. ait, si res usucapta sit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam. Quid ergo, si dominus, cùm difficilis esset, ut ferè solet dominii probatio, hac actione uti mallet, quàm rei vendicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique salva qualitate bonæ fidei possessoris, cum *Mynsf.n.28. Oldendorp. class.5. action.3.* Sed & ex quo usus fori cumulationem actionum admisit, eodem libello Publicianam cum rei vendicatione disjunctim proponi, & rem peti jure dominii vel quasi dominii posse, rectè defenditur; cùm hæ actiones affines magis sint aut diversæ, quàm contrariæ: nam is, cui Publiciana competit, præsumptivè dominus est, & falsum esse, quòd remedia præto-

ria denegentur iis, quibus jure civili consultum est, ostendunt bonorum possessiones unde liberi, contra & secundùm tabulas. Bellè *Bachov. disp. 3. de act. thes. 17. Gomez. Mynsing. & Schneid. hic*, *Gail. 1. obs. 62. num. 5.*

Possessionem casu amiserit.] Et amissam possessionem esse oportet, quoniam in rem actio nunquam ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quòd possideat, *l. 1. §. penult. uti possid.* & amissam casu: nam qui facto & voluntate sua possessionem amisit, puta rem vendendo, permutando, & donando, ejus recuperandæ actionem non habet. Ex his, quæ hactenus dicta sunt, intelligi potest, qua ex causa cui Publiciana competat: nimirum competere agenti de re, quam ex justa causa sibi traditam bona fide accepit, & cujus nondum dominus effectus possessionem casu amisit.

5 *Nullam in rem directam.*] Actionem directam hic vocat, quæ jure civili prodita est, ut apparet ex ratione subjecta, & oppositione Publicianæ, quæ inventa est à Prætore. Quod non est novum; nam actiones honorariæ omnes, ad jus civile relatæ, utiles sunt, licèt earum inter se oppositarum quædam directæ, quædam utiles dicantur, prout aut verbis edicti propositæ, aut per interpretationem & extensionem edicti introductæ. De quo pluribus disserui sub *§. ult. sup. de leg. Aquil.*

6 *Durum erat eo casu deficere actionem.*] Introducendæ hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quippe quod non statim transit in eum, qui rem, licèt ex justa causa sibi traditam accepit, nisi & is, qui tradidit, dominus fuit; quod perquàm difficile probatu est: & tamen eo non probato, necesse est petitorem civili in rem actione experientem succumbere. Cùm itaque prætori iniquum videretur, quemvis vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu aliquo amisisset; ipse ex humanitate actionem introduxit, qua in hoc casu sub colore quodam dominii vinceret is, cui justa rei possessio semel quæsita esset, quamdiu in eo nulli alii fieret injuria. Hic intelligimus, & quo jure hæc actio introducta sit, & quæ ejus introducendæ fuerit causa.

7 *Eam rem se usucepisse.*] Hic indicatur, quid petitor hac actione intendat, nimirum se rem, quam petit, usucepisse. Quæ tamen intentio non ad verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Nimirum non dicet actor expressè, se usucepisse; quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem rectè instituendam pertinet, causam actionis intentione sua complectetur. Dicet, se rem, de qua agitur, bona fide emisse à L. Titio, & ab eo traditam bona fide accepisse; petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur, se usucepisse, quia idem petit, & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si rem usucepisset. In causis, ex quibus & qui possessionem nondum nactus est, Publiciana agere potest, dicie actor, rem sibi à L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevir, aut restitutam sibi ex Senatusconsulto obtinet, *leg. 12. §. 1. leg. 15. hoc titul.* Quibus casibus cùm Publicianæ locus sit usucapione non inchoata, dominium quasi usucapione quæsitum 8
fingi aut prætendi non potest. Restat, ut videamus, quod hic omissum est, adversùs quem hæc actio detur. Datur Publiciana, ut cæteræ in rem actiones adversùs possessorem: sed ita, nisi is possessor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adversùs eum, qui possidet justo titulo. In quo tamen hæc distinctio placuit, ut si duo rem emerint, siquidem ab eodem non domino, potior habeatur, cui priori res tradita est; utpote in quem priùs translatum est jus omne, quod in re, qui tradidit, habuit: sin à diversis non dominis, melior sit causa possidentis, & juncta titulo possessio fortior ducenda titulo nudo, *l. 9. §. si duobus 4. hoc tit.* Quòd si neuter possideat, & agatur contra tertium possessorem injustum, tuendus sit is, cui primùm res tradita, sive ab eodem non domino emerit, sive ab alio atque alio; quæ species est, quam tractat Neratius *leg. si ea 31. §. ultim. de action. empt.* ut rectè censent vulgò DD. *Oldend. d. class. 3. action. 3. Schneid. ad §. præc. num. 28. & seqq.* latè & subtiliter *Bachov. disput. 3. de act. thes. 21. & 22.* De illo quæritur, an Publiciana detur contra eum, qui pro hærede possidet. Decisio quæstionis pendet ex eo, an is, qui pro hærede possidet, usucapere possit, nec [illegible] qua de re disputamus sub §. *diutina 7. sup. d*[illegible] In universum autem justi dominii exceptio meritò Publicianæ obstat. Quoniam semper plus juris in re sua habet dominus, quàm quilibet, quamtumvis justissimus possessor, qui dominus non sit, *l. penult. & ult. hoc tit.* Cæterum quæ vendicanti domino obsunt, quominùs possessor ei rem restituere debeat, eadem & possidenti ac Publiciana convento obstabunt, quominùs retineat, *leg. si à Titio 72. de rei vend. l. si quis 24. de exc. rei jud. add. D. Donell. hic*, *num. 15.* Exitus hujus actionis idem, idemque in ea officium judicis circa rei & fructuum præstationem, cujusmodi hæc in rei vendicatione civili: de quo scripsimus ad §. 1. *sup.*

TEXTUS.

De Rescissoria.

5. *Rursus ex diverso, si quis cùm reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usuceperit, permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam rem petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, &*

& ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam & aliis simili æquitate motus Prætor accommodat; sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

NOTÆ.

5. *Quibusdam & aliis.*] Absentibus scil. quorum res usucapta ab iis, qui in civitate manserunt, *l. 1. §. 1. d. t.* in prima clausula edicti. Sed hac parte iis dumtaxat succurritur, quorum absentia aut necessaria fuit aut justa, *d. l. 1. §. 1. l. 3. cum seqq. l. 36. §. pen. & ult. & 2. ll. seqq. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Actionem, quæ hic proponitur, & rescissoria in specie dicitur, esse Publicianæ quodammodò contrariam.*
2 *Quibus ex causis hæc actio à Prætore detur, ejusque introducendæ causa.*
3 *Restitutio adversùs eum, qui absens usucepit rem in civitate manentis: ubi & alia.*
4 *Quomodò accipiendum quod dicitur: Contra non valentem agere præscriptio non currit.*
5 *Commentum esse quod de duplici judicio rescindenti & rescissorio Interp. tradunt: ut & illud, quod de duplici tempore.*
6 *Actoris in actione rescissoria intentio.*
7 *Restitutio adversùs eum, qui præsens rem absentis usucepit.*
8 *An ex sola causa ignorantiæ restitutio danda adversùs usucapionem.*

1 HOc loco proponitur actio in rem prætoria, quæ in usu juris nostri specialiter rescissoria appellatur, *l. nec non 28. §. ult. ex quib. caus. maj. l. ult. C. eod. l. nullo 24. C. de rei vend. l. ab hostibus 18. C. de postl. rev.* Nomen ex re inditum, quia per eam rescinditur, quod jure civili ratum est, *l. in honorariis 35. in fin. pr. de obl. & act.* Hæc actio superiori quodammodò contraria est: nam actione Publiciana agitur de re non usucapta, quam actor in effectu contendit usucaptam. Hic è converso de re usucapta, quam actor non usucaptam intendit. Illic loco domini habetur, qui dominium nondum acquisivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus est jure civili. Pertinet huc edictum de restitutione majorum 25. an-
2 nis, quod extat in *l. 1. quibus ex caus. maj.* qua parte scilicet Prætor eos, quorum res usucapta est, certis ex causis in integrum se restituturum pollicetur. Causas duas edicto expressit; clausula edicti prima absentiam necessariam ejus, cujus res usucapta est; secunda absentiam qualemcumque ejus, qui usucepit. Postremò adjecit clausulam generalem, qua idem promittit quavis ex causa, quæ ipsi justa videbitur. Itaque duobus potissimùm casibus majoribus contra usucapionem succurrit data actione rescissoria, si res absentis usucapta sit ab eo, qui in civitate mansit; si res in civitate manentis usucapta sit ab eo, qui ab-

fuit. Quod posterius hic tantùm tangitur: prioris autem partis, cujus & frequentior usus & major utilitas, cognitio ex latiore Digestorum volumine peti jubetur. Introducendæ hujus actionis hanc causam Prætor habuit, quòd iniquum ei visum fuit, aut necessariam justamve absentiam nocere absenti, aut qualemcumque alterius absentiam nocere alteri, *l. item ait 21. d. titul.* Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent, hîc aut intacta aut minùs perspicua, indicata disces mox ex Commentario.

Cùm Reipubl. causa abesset.] De eo, qui absens usucepit, ita loquitur Justinianus, quasi eum oporteat necessaria aliqua aut probabili de causa abfuisse: quod tamen secus esse discimus ex edicto, cujus in secunda clausula, quæ hunc casum continet, Prætor non distinguit, qua ex causa quis abfuerit, necessariane aut probabili, an planè voluntaria. Quod & disertè Ulp. notavit *l. item ait. 21. §. 1. h. t. ex quib. caus. maj.* Et verò sine justissima quidem absentia prodest absenti ad usucapionem retinendam, absurdum sit ei prodesse absentiam planè voluntariam, malitiosam puta aut animi causa susceptam. Illud observandum est, tum demum ex hac parte edicti restitutionem dari, si defensor absentis non extitit: nam si procurator fuit, aut amicus, qui se ultro defensioni obtulit, non debere eum inquietari, & hoc amplius, ne aliter quidem edicto in casu proposito locum esse, quàm si aut amici absentis de defendendo eo interrogati defensionem non suscipiant, aut nemo sit, qui interrogari potest, *d. l. item ait 21. §. pen. & l. seq. eod.* Novissimè autem à Justiniano cautum, ut licèt defensor absentis nullus existat, tamen integrum sit præsenti usucapionem interrumpere, adito judice, & diligentia sua apud eum contestata, *l. 2. C. de annal. exc.* Itaque ex hac parte edicti restitutio dari desiit. 3

In hostium potestate.) Ut hic procedat usucapio, ponendi termini habiles, nempe si servus aut filius ejus, qui captus est, rem ex causa peculiari teneant: hoc enim casu domini aut patris captivitas impedimento non est, quominùs ea res usu acquiratur, *l. ait prætor 23. §. 3. hoc tit. l. justo 44. §. ult. de usuc.* Cæterum extra hanc causam captivus per servum aut filium possessionem acquirere non potest, ac proinde nec usucapere: sed possessio atque usucapio inchoata captivitate interrumpitur in tantum, ut nec postliminio restituatur, *leg. denique 29. hoc titul. l. si is 15. in pr. de usuc. cap.*

Usuceperit.) Potest igitur & absens usucapere rem præsentis, & ejus quidem, qui contra absentem agere non potuit, *l. item ait 21. §. 1. & deinceps l. seq hoc t.* Atqui vulgò traditur: Contra eum, qui agere non potest, præscriptionem non currere, *l. 1. in fin. C. de annal. exc. l. in rebus 30. vers. omnis, C. de jur. dot. l. 1. in fin. C. de bon. matern.* Respondent Interpretes, distinguendum esse inter impedimentum juris & facti. Juris quidem impedimentum efficere, ne præscriptio currat aut impleatur, exempla in *d. l. 1. C. de ann. exc. d. l. in re-* 4

bus, *C. de jur. dot. l. 7. §. 4. C. de præscr. 30. ann.* Facti verò, quale est, quod hic objicitur, non item. Itaque opus esse restitutione; & rectè. Quippe rationi consentaneum est, ut ubi jus ipsum impedimentum agendi objicit, ibi quoque sistatur cursus usucapionis ipso jure: at singulorum factorum, quæ idem impedimentum afferunt, rationem habere jus non potest.

Permittitur domino.] Veteri scilicet, cujus res jure civili usucapta est. Hunc dominum vocat, vel respectu præteriti temporis, vel potiùs quia à Prætore rescindente usucapionem adhuc pro domino habetur.

Intra annum rescissa usucapione) Actio hæc, licèt rei persecutoria sit, anno tamen eam finiri placuit, quia contra jus civile datur, *l. in honorariis 35. in fin. pr. de obl. & action.* Annum intellige utilem, *l. 1. §. 1. hoc titul. l. ab hostibus 18. C. de postl. rev.* pro quo tamen Justinianus substituit quadriennium continuum, *l. ult. C. de temp. in int.*
5 *restit.* Quod autem ait: Permitti domino rescissa usucapione rem petere, & Paulus *d. l. 35.* hanc actionem dari rescissa usucapione, id non sic intelligendum est, quasi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo Prætor rescindat usucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qui a petatur res restitui. Sed ideo hoc dicitur, quia Prætor, dum hanc actionem concedit, simul cum ipsa usucapionem rescindit: quoniam permittit veteri domino sic agere, ut petat, rem sibi à possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio intervenisset, *leg. 1. §. 1. l. sed etsi 26. si feriæ. 7. l. nec non, 28. §. penult. hoc tit. l. ult. C. eodem l. nullo 24. Cod. de rei vendic.* Quibus ex locis manifestè apparet, rescissionem usucapionis in ipsa datione actionis consistere, Prætoremque dici restituere, cùm actionem rescissoriam petenti concedit: ac proinde uno simplicique judicio rem totam explicari, *fac. l. 9. §. 3. & 4. quod met. caus. l. 1. §. 1. de dol. l. 2. §. 1. de cap. minus. l. 1. de alien. jud. mut. caus. f. l. ult. ad S. C. Vellei.* Hoc & Gomez. *hic n. 8. & ult.* odoratus est: sed explicare non potuit, aut solidè confutare communem DD. opinionem, secundùm quam duplex judicium hîc necessarium; unum rescindens, alterum rescissorium: ac proinde & duplex libellus, duplex litis contestatio, & duplex pronuntiatio; decretum scilicet Magistratus, quo rescindatur usucapio; & sententia judicis, qua res restitui jubeatur, *Pet. de Bellapert. Io. Fab. Ias. Zas. Mynsf. Schneid. hic, Odd. de restit. q. 33. art. 2. Maurit. de restit. c. 4.* Quæ opinio erronea est, & à ratione juris nostri valdè aliena; ut ex iis, quæ modò diximus, perspicuè patet: in foro tamen recepta, ut sic utcumque remedium cumulari, id est, eadem utrumque opera peti & obtineri soleat, *Odd. p. 1. q. 33. art. 5. Mynsf. 2. obs. 25. Oldend. class. 6. action. 8.* Error hîc natus videtur ex ignorantia ordinis judiciarii, qui apud Veteres fuit: ubi quidem in omnibus ferè actionibus occurrebat species quædam duplicis judicii; dum quædam apud Prætorem seu Magistratum tractabantur: quædam apud judices datos. Cæteroquin revera unum tantùm erat judicium: ideoque unus tantùm libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempè apud Prætorem non instituebatur judicium; sed à Prætore constituebatur, data actione & judice, qui de re cognosceret: unde nec illa, quæ apud Prætorem fiebant, in judicio fieri dicebantur, sed in jure: de quo fusiùs ad *pr. hujus tit.* Præcedens error secum traxit & alium de duplici tempore: uno, intra quod utendum sit remedio rescindenti: altero, intra quod petenda & instituenda actio rescissoria. Illud volunt intentari posse intra quadriennium continuum; hanc finiri anno utili. Donellus, perpetuam esse. Sed ut una & simplex hic est actio, ita & unum tempus, intra quod ea peti & institui debet: annus olim utilis, nunc quadriennium continuum computandum à tempore, quo absens reversus est. Illud singulare, quòd hoc tempus etiam finiendæ actioni constitutum est, *l. ult. C. hoc tit. junct. l. ult. §. ult. C. de tempore integ. rest.*

Ut dicat, possessorem usu non cepisse.] His verbis significatur actoris in hac actione intentio. Ut 6
autem in actione præcedenti, ita hîc quoque intentio non ad verba, sed ad vim est. Cumque verborum exigenda est, quoniam sic agitur, ut effectu res usucapta non videatur. Puta, non dicet petitor, possessorem rem quæ petitur usu non cepisse; quod & apertè falsum est, & perinde quasi negaret, adversarium dominum esse: cujusmodi formulæ in rerum corporalium vindicatione proditæ non sunt, *§. 2. sup. eod.* sed causam exprimet, ex qua actio ei jure constituta sit: dicet, adversarium absentem rem usucepisse, cùm ipse interea ejus nomine agere cùm vellet, & usucapionem interrumpere, non potuerit; itaque petere se, ut sibi restituatur. Prætorem quoque verisimile est verba edicti secutum hoc modo judicium concepisse: *Si paret, eam rem, qua de agitur, à possessore absente per statutum tempus possessam esse, cum interea petitor ejus nomine agere cum conaretur, non potuerit; tum si ea res petitori non restituatur, possessor damnetur.*

Quibusdam & aliis.) Veluti absenti, cujus res 7
usucapta sit ab eo, qui in civitate mansit: quæ causa restitutionis prima parte edicti expressa est, & sola nunc etiam utilis, cùm ex causa superiore jure novo restitutio non detur, *leg. 2. C. de annal. exc.* Non omnibus verò absentibus hac parte succurritur: sed iis dumtaxat, quorum absentia aut necessaria fuit, *leg. 1. §. 1. in pr. l. 3. cum seqq. l. reipub. 36. l. non vere 42. hoc tit.* aut voluntaria quidem, sed justa & probabilis, qualis est studiorum causa, & similes. Hoc ex generali & postrema edicti clausula, *l. sed & si 26. §. pen. & ultim. cum duabus ll. seqq.* Illud tamen inter hæc interest: quòd in necessaria & repentina absentia non nocet, quòd quis procuratorem domi non reliquerit; in voluntaria aut ante prævisa absenti non succurritur, nisi procuratorem reliquerit, iique procurator non egerit, aut interim defectus sit; *d. leg. 26. §. ultim. l. nec non 28. in pr. eodem.* Quippe prio-

priore causa nihil est quod absentibus imputetur: posteriore objici eis potest, quòd de rebus suis componendis ante discessum potuerint & debuerint cogitare, *d. l. 16. §. 1.* Hoc eodem edicto succurritur & creditoribus, qui actionem ex his causis amiserunt, *d. leg. 1. §. 1. l. Iulian. 17. §. 1. l. si quis 41. eod.* sed hoc casu actio restitutoria in personam est.

8 *Simili æquitate motus.*] Quæsitum hic est: An sola ignorantia justa & sufficiens causa sit, ob quam ex postrema edicti clausula danda sit restitutio adversus usucapionem aut præscriptionem? Ego puto non esse, *arg. leg. ultim. in fin.* ibi: *Nulla ignorantia vel scientia expectanda, Cod. de præscrib. long. temp. leg. 3. & 4. Cod. de præsc. 30. ann. leg. unic. Cod. de usucap. transf.* Nam cùm sufficiens tempus præstitutum sit, intra quod quisque in res suas inquirat, easque sibi asserat, post illud tempus restitui postulans ex sola causa ignorantiæ, id est, ea quæ conjuncta est cum desidia & negligentia, audiri non debet. Denique si ex hoc solo capite restitutio admittatur, jus de usucapionibus & præscriptionibus constitutum non assequitur finem suum, numquam finis erit litium, semper dominia in incerto, contra *leg. 1. de usucap. Vvesembec. Parat. hoc tit. num. 10. Pinell. in auth. nisi triennale, Codic. de bon. mat. diss. comment. DD. Covar. in c. possessor. de reg. jur. in 6. pag. 3. §. 3. Gail. 2. observ. 19.* De præscriptione tamen 40. annorum adhuc contenditur. Videsis *And. Fachin. 1. contr. 69. Ant. Fabr. Codic. suo tit. si advers. usuc. & tit. de temp. in int. restit. Pinell. in d. aut. num. 58.*

TEXTUS.

De Pauliana.

6. *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius à creditoribus possessis ex sententia Præsidis: permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam petere, id est, dicere, eam rem traditam non esse; & ob id in bonis debitoris mansisse.*

NOTÆ.

6. *In fraudem creditorum.*] Et eventum fraus habuerit, *leg. 10. §. 1. l. 15. quæ in fraud. creditor.* & simul is qui accepit, fraudis conscius fuerit, *leg. 1. l. 6. §. 8. ead.* In causis tamen lucrativis etiam in eum, qui fraudem ignoravit, hanc actionem dari placet, quatenus locupletior factus est, *d. l. 1. 6. §. 11.*

Rescissa traditione.) Unde tam actionem Paulianam, quæ rescissoria est traditionis, quàm superiorem illam usucapionis rescissoriam, actionem in rem esse, & ad exemplum vindicationis dari, contendunt Cujac. & Fabror.

COMMENTARIUS.

1 *Agi hic de actione, quæ Pauliana dicitur; licèt ea non in rem, sed in personam sit.*
2 *In personam esse, multis argumentis evincitur.*
3 *Dari hanc actionem creditoribus, sive ante sive post missionem in bona, res in fraudem eorum alienata sit: interdum & in rem competere, quæ tamen huc non pertineat.*
4 *Quæ concurrere debeant, ut Paulianæ sit locus.*
5 *Verborum edicti,* Quod fraudationis, &c. *explicatio.*
6 *Edictum non pertinere ad eos, qui id agunt, ne acquirant; ubi quædam notabilia.*
7 *Quando primùm creditores Pauliana experiri possint. D. Ioan. Dekker. notatus.*
8 *Qualis hic sit rescissio & restitutio.*
9 *Intentio creditorum in actione Pauliana.*
10 *Dari hanc actionem intra annum utilem, quæ primùm experiundi potestas fuit.*

Tertia species actionis prætoriæ hic proponitur Pauliana dicta, quæ datur creditoribus ad revocanda ea, quæ in fraudem eorum alienata sunt, *l. videamus 38. §. in Faviana 4. de usur.* atque huc pertinet *tit. Pand. quæ in fraud. cred. & C. de rev. his quæ in fraud. cred.* Hanc autem actionem Glossa & plerique Interpretes non in rem, sed in personam esse opinantur; hinc autem exponi inter prætorias in rem, & subjici rescissoriæ tantùm propter similitudinem, quam cum illa habet: quod uti per illam usucapio, ita per hanc traditio rescindatur, atque ita utraque contra jus civile d.tur. Quod ego verissimum puto: & Theophilum arbitror, qui Paulianam hic nominat, sed eam in rem esse dicit, deceptum à Triboniano inconsid. ratè, & tantùm ob similitudinem, quam dixi, hanc etiam explicante inter actiones in rem. 1
Etenim in rem eam non esse, primùm ex eo vincitur, quòd creditores non vendicant, aut intendunt, rem suam esse, ut in actionibus superioribus: sed ajunt, rem in bonis debitoris mansisse, quorum possessio eis data est. Deinde ex eo quoque, quoniam cùm actionis in rem proprium sit, ut sequatur ejus rei possessorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit; si quis autem non possidet, non teneatur, *l. actionum 25. de oblig. & act.* utrumque contra est in actione Pauliana: nam & is, qui possidet, quod in fraudem creditorum alienatum est, hac actione non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa causa acceperit, *l. 1. l. is qui 9. & l. seq. hoc tit. l. pen. C. eod.* ut hic non sola possessio, sed aliud factum possessoris spectetur: Et è converso, qui non possidet, nec dolo malo desiit possidere, tenetur. Datur enim hæc actio non solùm hæredi, sed etiam in hæredem similesque personas, & qua tales, *d. l. 10. §. ultim.* quod non minùs quàm prius illud à natura actionis in rem abhorret, quæ rem semper sequitur, & propter rem ejus possessorem, *l. 2. C. si un-* 2

ex plur. hæred. Cùm itaque in rem non sit, relinquitur, ut sit in personam, §.1. *sup. eod. l. actionum de oblig. & act.* Et hoc verum esse, vel ex hoc uno intelligimus, quòd hæc eadem actio in factum passim appellatur, *d. l. 10. l. 14. hoc tit. l. pen. C. eod.* quo nomine quæ appellantur, omnes in personam sunt, vid. *Bachov. disp. 3. de action. thes. ult.* Accedit exemplum actionis Favianæ, quam non in rem, sed in personam esse disertè testatur Ulp. *l. 1. §. hæc actio. 26. si quid in fraud. patron.* Erit igitur & Pauliana in personam, cùm utraque ex eadem causa detur; Faviana, si quid in fraudem patroni; Pauliana, si quid in fraudem creditorum alienatum sit. Sed quid verbis opus est? Jurisconsultus in *l. videamus 38. §. in Faviana. 4. de usur.* palam inter actiones, quæ in personam sunt, etiam Paulianam numerat. Nam cùm initio proposuisset videndum, quando in actionibus in personam etiam fructus veniant, mox variis ejus generis exemplis adductis, inter cæteras in personam actiones Paulianam quoque per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, *d. §. 4.* recenset; & quidem conjunctim cum Faviana, quam in personam esse constat. At inquies, si Pauliana in personam est, erit etiam ex obligatione, §.1. *sup. eod.* Unde ergo obligatio? Ex maleficio, inquam, & ejus nimirum, cum quo agitur, sive is fraudis particeps fuit, sive non fuit. Nam & qui ab initio dolo ca-
3 ret, improbè facit, si, postquam cognovit, rem in fraudem creditorum alienatam esse, eam tamen, & tantùm lucri sui causa, retinere tenet, per *leg. metum. 9. §. ultim. l. item si 14. §. 3. quod met. caus.* Frustra se fatigat Bachov. *hic & disp. 3. de act. thes. pen.* dum probare conatur, actionem Paulianam in rem actionem esse: add. *Don. hic num. 3. & seqq. Ant. Fab. conj. 16.* Illud hìc notandum est, quòd actio Pauliana competat, sive quid alienatum sit in fraudem creditorum, antequam creditores in bona mitterentur; sive alienatio facta sit, postquam jam in possessionem bonorum debitoris missi sunt; quorum quidem prius negat D. Jan. Deckher. *2. diss. 10. num. 27.* Sed perspicuè refellitur per *l. 15. & l. 17. §. 1. hoc tit.* Posteriore autem casu evenire potest, ut etiam in rem actio creditoribus competat pignoris persequendi gratia. Nam si creditores in possessionem jussu magistratus missi, etiam in possessionem venerint, constituitur creditoribus in bonis debitoris pignus, quod in usu juris dicitur prætorium, *l. non est mirum 26. §. 1. de pign. act. leg. ult. C. de præt. pign.* cujus pignoris si creditor fortè possessionem amiserit, persequendi causa actionem in rem & olim habuit, & nunc habet: olim certo jure, si possessionem sine culpa sua casu aliquo amisisset; nunc etiam, etsi culpa sua possessione cecidit, *d. l. ult. C. de præc. pign.* Verùm hæc actio huc non pertinet, ut putat D. Donellus; quippe qua agenti necesse non est dicere rem in bonis debitoris mansisse: nam alienatio non extinguit jus pignoris, *l. distractis 14. & l. seq. C. de pign.* Sed neq; species est Paulianæ, ut quidam putaverunt, quia datur adversùs quemcùmque possessorem: sed est species quasi Servianæ seu hypothecariæ, *per d. l. ult. C. de præt. pign. & arg. l. 9. hoc tit.* nam in casu illic proposito possessionem jure pignoris avocantem secundus emptor non excluderet, cùm tamen excludat agentem Pauliana.

In fraudem creditorum.] Ut hæc actio ex edi- 4
cto competat, requiritur, ut quid alienatum sit in fraudem creditorum. In fraudem autem alienatum hìc accipimus, si & animum fraudandi debitor, & eventum fraus habuerit; nam si alterutrum desit, & vel propositum fraudandi nullum fuerit, quòd putaverit debitor, se solvendo esse, vel creditores re ipsa & eventu fraudati non sint, huic actioni non est locus, *l. ait prætor 10. §. 1. l. si quis 15. hoc t.* Hoc amplius cessat hæc actio & revocatio, nisi & is, qui accepit, fraudis conscius fuerit, *l. 1. l. 6. §. hoc edictum 8. d. l. ait. prætor. §. 2. eod.* Cæterum hoc sic acceptum est, si quis rem accepit ex causa onerosa. nam in causis lucrativis placuit detrahi mentionem scientiæ, & hactenus utique in eum, qui fraudem ignorans accepit, actionem dari, quatenus locupletior factus est, *l. 6. §. simili modo 11. eod. l. pen. C. eod.* Planè, qui debitam pecuniam recepit antequam bona debitoris possiderentur, quantumvis non ignorans, eum solvendo non esse, in hoc edictum non incidit; quia sibi vigilavit, *d. l. 6. §. apud Labeonem 6. & seq.* Porrò quando & quatenus solutum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari possit, & de sententia *l. pen. hoc. tit. l. 6. §. 2. de reb. auct. jud. poss.* aliarumque eodem pertinentium, vid. *Bart. in d. leg. pen. Pet. Fab. ad leg. generaliter. 78. de reg. jur. An. Fab. 2. conj. 14. Gail. 2. obs. 25. numer. 14. & seqq.*

Alicui tradiderit.] Edictum generalibus ver- 5
bis conceptum est, *Quæ fraudationis causa gestæ erunt, &c.* quæ verba latissimè patent, continentque quidquid quocumque modo fraudis causa factum est. Itaque qualecumque id fuerit, hac in factum actione revocatur, sive rem alienaverit debitor; puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit, usumfructum aut servitutem non utendo amiserit; sive acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data opera ad judicium non adfuerit, vel litem mori passus sit, vel à debitore non petiit, ut tempore liberaretur. Sed & si pignora liberavit, vel quem alium in fraudem creditorum præposuit, vel ei exceptionem præbuit, aut se obligavit fraudandorum creditorum causa, vel quocumque denique modo aliquid fecit, ut desineret habere, quod habebat, ad hoc edictum pertinet, *l. 1. num. 4. seqq. l. 10. l. si cum 12. & seqq. l. 14.* & passim deinceps,
hoc tit. Planè ille in ea causa non est, ut edicto 6
locum faciat, qui id agit, ne acquirat, quod acquirere potest, puta qui legatum aut hæreditatem sibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet, qui quid de bonis suis deminuunt, non qui id agunt, ne locupletentur, *l. 6. pr. §. 1. & aliquot seqq. eod. l. non fraudantur. 134. de reg. jur. fac. l. 5. §. 13.*

§. 13. & seq. de don. int. vir. & ux. D. Diod. Tulden. in C. hoc tit. n. 4. Latè & eleganter *D. Vvesemb. consil. 17. n. 42. & seqq.* Atque hinc est, quòd nec suus hæres se abstinens edicto locum facit, *l. 3. C. hoc tit.* multòque minùs præteritus aut exhæredatus, qui non queritur de inofficioso, aut non agit ad supplementum legitimæ; *per l. 1. §. sed si 8. si quid in fraud. patr.* An ad legitimam petendam filius cogi possit, dubitatur: sed verius est, compelli non posse; *arg. d. l. 6. §. 2. l. patrem. 19. hoc tit. d. l. 1. §. sed si 8. si quid in fraud. patr. Io. Gutier. in repet. cap. quamvis 2. de pact. in 6. n. 24.*

Bonis ejus possessis] Id est, postquam creditores à Magistratu in possessionem bonorum debi-
7 toris missi sunt. Nam hæc actio demum competit post possessionem, excussionem, & distractionem bonorum; nec aliter, quàm si ex bonis distractis creditoribus satisfieri nequeat, *l. pen. C. hoc tit.* de quo fusè *Schneid. n. 59. & seqq.* Sententiam hujus loci corrumpit D. Joan. Deckherus *ubi suprà.* Nam vitiosè planè & per fallaciam compositionis & divisionis hæc textus verba: *Bonis ejus possessis*, ita accepit, ac si significarent, pro iis demum bonis revocandis hanc actionem competere, quæ debitor alienavit, postquàm jam bona possessa erant; & hinc probat, Paulianam non competere de rebus ante missionem in bona alienatis. Perperam, inquam, quoniam verba ista non ad tempus factæ alienationis, sed intentandæ hujus actionis referenda sunt, *per l. si quis 15. l. omnes 17. §. 1. hoc tit. junct. l. pen. C. eod.*

Ipsis creditoribus.] Plerumque curator bonorum hìc constitui solet; *tit. de cur. bon. dand.* cui tum hæc actio exercenda datur, *l. 1. hoc tit.*

Rescissa traditione.] Sic intelligo, *ut §. præc.*
8 dictum est, vi ipsa restitutionis in integrum & judicii constituti. Rescinduntur autem hac in factum actione, & in pristinum statum restituuntur omnia, quæ in fraudem creditorum facta sunt, perinde ac si nihil eorum factum esset. Itaque non dominia solùm revocantur & res ipsæ, verùm etiam obligationes, actiones, fructus, accessiones, cæteraque commoda restituuntur, quæ creditores habuissent, si nulla alienatio aut liberatio intervenisset, *l. 1. §. 1. l. ait prætor. 10. §. per hanc 19. & 3. seq. l. hac in factum 14. l. omnes 17. l. ult. §. non solum 4. hoc titul. leg. videamus §. in Fariana 4. de usur.*

9 *Dicere, traditam non esse.*] Non disertè ac nominatim, quasi his ipsis verbis formula intentionis concipienda: sed dicere & intendere effectu & rebus ipsis; ut in actionibus superioribus. Sic enim hìc agunt creditores, quasi revera res numquam tradita sit. Adversùs quos hæc actio detur; satis ex iis, quæ superiùs dicta sunt, intelligitur. Ex sententia Venuleii etiam adversùs ipsum fraudatorem datur; *l. ult. §. ult. hoc tit.* Datur intra annum; *l. 1. l. 10. eod.* nimirum quia velut superior illa contra jus civile introducta est; vel quia naturam actionis pœnalis habet. Post annum tamen de eo adhuc competit, quod ad eum pervenit, adversùs quem actio movetur; *d. l. 10. §. pen.* Annum intelligimus utilem, quo primùm experiundi potestas fuit; *d. l. 12. in pr.* Itaque annus hujus actionis computabitur ex die venditionis bonorum, factæ scilicet à creditoribus decreto Magistratus; *leg. 6. §. ult. d. l. 10. §. annus. 18. eod.* Antè enim agi non potest, & non valenti agere præscriptio non currit; *l. 1. §. ult. Cod. de annal. exc. Ioan. Fab. nu. 17. Mynsi. n. 63. Schneid. n. 83.* Inconsideratè igitur nonnulli textus istos retulerunt ad diem alienationis factæ à debitore, inter quos & D. Vvesemb. *par. hoc tit. num. 12.*

TEXTUS.

De Serviana & quasi Serviana, seu hypothecaria.

7. *Item Serviana & quasi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest: nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maximè si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri dicimus.*

NOTÆ.

7. *Quæ pignoris jure*] Scil. tum ea, de quibus nominatim convenit, ut pro mercede fundi essent obligata; *§. 3. in fin. inst. de interdict.* tum fructus in fundo conducto nascentes; quæ tacitè intelliguntur pignori esse domino fundi; *l. 7. in quib. caus. pign. tac.* In prædiis quidem urbanis eo jure utimur, ut etiam invecta & illata ab inquilino citra conventionem pignori sint: in rusticis autem prædiis contra observatur; *leg. 4. d. tit. l. 4. de pact.*

Nihil interest] Effectu juris non differunt: diverso & discrepante sono idem significant; *l. 5. §. 1. de pign.* Actio hypothecaria tam de pignore quàm de hypotheca intenditur.

Quæ simul traditur, &c.] *l. 9. §. 2. de pign. act. l. 238. §. 1. de verb. sign.* quam differentiam etiam Græci ponunt inter ἐνέχυρον, & ὑποθήκην.

Com-

COMMENTARIUS.

1 *Causa introducendæ actionis hypothecariæ.*
2 *Qualis sit hæc actio; quibus; adversùs quos; quo exitu detur.*
3 *Quarum rerum probatio creditori pignus persequenti incumbat.*
4 *Necesse non esse ut creditor probet, rem in dominio debitoris fuisse, dummodò probet fuisse in bonis ejus.*
5 *Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius quàm debitor pignus possidet; tum quid hîc juris apud Batavos.*
6 *Nomina Serviana & quasi Serviana unde: Hypothecariæ nomen commune: differt à pigneratitia.*
7 *Edictum quibus verbis à Servio conceptum.*
8 *Quæ res coloni pro mercede pignoris jure teneantur.*
9 *Invecta & illata in prædium urbanum tacitè pignori esse: in rusticum importata pignori non esse, nisi id expressè convenerit.*
10 *Actioni hypothecariæ locum esse in omni genere pignoris. Constitutio Caroli V. ann. 1529.*
11 *Inter pignus & hypothecam nihil interesse quantum ad actionem hypothecariam: nisi fortè in eo, quod cautum Nov. 4. cap. 2.*
12 *Inter pignus & hypothecam quid propriè intersit secundum usum juris. Veteres pro hypotheca verbo Latino fiduciæ usos videri.*

1 AD extremum proponitur hîc actio in rem de pignore, quæ item jure honorario utilitatis causa comparata est; *l. si tibi* 17. §. 2. *de pact.* Nam jure civili nulla actione consulebatur iis, quibus res debitorum obligatæ erant, cùm possessio earum apud alium esse cœpisset. Hoc igitur cùm prætori Servio durum videretur, ipse actionem de pignore seu hypotheca quibusdam in causis introduxit; quæ postmodum eadem æquitate sua-
2 dente prudentum interpretatione producta est etiam ad alias causas & species pignoris. Actio hæc in rem est, *l. pign.* 17. *de pign. l. pign.* 18. *C. eod.* constituta creditoribus pignori persequendi causa; ut hîc declaratur. Unde intelligimus, competere eam adversùs omnes, qui pignus possident, aut dolo malo possidere desierunt; *l. si fundus* 16. §. *in vendicatione* 3. *de pign.* Exitus actionis hic: ut qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentibus solvere, aut rem, de qua agitur, restituere; alioqui quanti ea res est condemnatur; *d. l. si fundus* §. 3. Duo autem creditori pignus persequenti probanda sunt. 1. Se jus pi-
3 gnoris in re, de qua agitur, habere. 2. Possessionem ejus rei esse penes eum, qui convenitur. Ad primum quod attinet, si creditor cum ipso debitore experiatur, sufficit ei ad fundandum jus pignoris probare, quòd debitor possideat: quoniam inter contrahentes ipsos etiam alienæ rei pignus consistit, neque debitor quæstionem dominii referre potest, *per l. in rem alienam*, 41. *in fin. de pign. act.* Si verò agatur contra tertium possessorem; probandum est, rem in bonis debitoris fuisse, aut in casu generalis hypothecæ posteà ad eum pervenisse, *l. & quæ nondum* 15. §. 1. *de pign.* Nec interest, possessor causam habeat, an non habeat; & cùm habet, utrùm lucrativa sit, an onerosa. Nam jus pignoris non fundatur, nisi res fuerit in bonis debitoris: cùmque hypotheca propriè titulum non præbeat, & creditor jure debitoris nitatur; oportet creditorem potentiori jure munitum esse, quàm possessorem. Illud probare necesse non est, debitorem rei dominum fuisse; sed, quemadmodum dixi, fuisse in ejus bonis, seu justo titulo & bona fide
ab eo possessam: quoniam quo probato succum- 4
beret possessor debitore agente Publiciana, eo probato etiam succumbere debet creditore agente hypothecaria; *arg. l. si ab eo* 18. *de pign.* Hæc fusiùs tractantur à *Jo. Fab. Angel. à Ias. Zas. Schneid. ad hunc §. Cyn. & Salic. ad l. cum res, Cod. si res alien. pign. Neguz. de p. 8. membr.* 3. *n.* 6. *& seqq.* Secundum expeditum est: quippe hoc omnium actionum in rem est proprium, ut eo tempore, quo moventur, ad litem fundandam reum possidere oporteat. Olim si alius quàm debitor pignus possidebat, non tenebatur creditor ipsum priùs debitorem personali actione convenire, & sic deinde illo non solvente demum pignus à possessore persequi: sed in arbitrio creditoris erat, adversùs utrum priùs expetiretur; *l. distractis* 14. *l. persecutione* 24. *C. de pign. l. ult. C. de obl. & act.* Tantùm hoc requirebatur, ut si debitor præsens esset, priùs denuntiationibus conveniretur, id est, legitimè interpellaretur, ut solveret: ac tum illo non solvente, ad possessorem pignoris veniretur; *l.* 10. *C. d. tit.* Justinianus autem à creditoribus plus exegit; constituit enim, ut si debitores præsentes sint, non tantùm denuntiationibus conveniantur, sed etiam judicio, nec priùs ad pignorum possessores perveniatur, quàm excussis debitoris & fidejussorum, si qui sint, facultatibus; *Nov. 4. cap. 2. unde auth. sed hodie, C. de obl. & act. & auth. hoc si debitor, C. de pign.* Id jam olim in fisco pignus legale vendicante humanitatis causa placuerat, *l. Moschis* 47. *de jure fisc.* ad cujus exemplum in conventionali pignore idem cavisse videtur Justinianus. Quòd si debitor aut hæres ejus pignus possideat, tum adhuc nullus ordo serva-
tur; & liberum etiamnum creditori est, omissa 5
actione personali pignus persequi, *d. Nov. 4. c. 3. vers. contra principales, l. persecutione junct. pr. auth. seq. hoc si debitor, C. de pign.* & secundùm hoc sæpè à supremis Curiis judicatum testatur *Christin. vol. 4. dec.* 151. *n.* 9. *& seq.* Apud nos jus vetus reductum placito anni 1564. quo expressè derogatur *d. Nov. 4. c. 2. & d. auth. hoc si debitor.* Potest itaque hodie creditor vi illius placiti statim tertium possessorem convenire, & pignus persequi, omisso debitore principali ejusque fidejussoribus, nec priùs facultates eorum excutere tenetur; *vid. dec. 4. Cur. Holland.*

Serviana, & quasi Serviana, quæ etiam hy-

pothe-

pothecaria] Duplex igitur de pignore in rem actio est: Serviana dicta ab auctore eadem analogia qua Publiciana; & quasi Serviana sic dicta, quia ad exemplum Servianæ introducta est; un-
6 de & utilis Serviana dicitur; *l. 1. in pr. & §. 2. de pign. l. 1. C. de precar.* Hæc eadem, ut hìc traditur, etiam hypothecaria appellatur; à re scilicet & nomine communi, quod nomen etiam Servianæ competit: sed cùm hæc nomen proprium haberet, illa quod commune est sibi proprium fecit. Nonnumquam tamen appellatione Servianæ & quasi Serviana seu hypothecaria omnis significatur; *l. 3. l. si ab eo. 18. de pign. l. si creditor 28. de pign. action. l. ult. Cod. de oblig. & act.* Ab actione hypothecaria toto genere differt actio, quæ pignoratitia propriè dicitur: utpotè quæ non in rem, sed in personam est; nec creditori competit, sed debitori adversùs ipsum creditorem ex contractu obligatum, ad pignus quod accepit soluto debito restituendum; de qua Pand. *& Cod. de pign. act. §. ult. sup. quib. mod. re cont. obl.* Abusivè tamen Veteres quandoque hypothecariam quoque pignoratitiam vocant; ut observare licet *l. 9. in fin. quib. mod. pign. solv. l. rem alienam, 41. de pign. act. l. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. duobus 29. de exc. rei jud.* & aliis locis; vid. nostra *ad d. §. ult.*

Et Prætoris jurisdictione] Atqui quasi Serviana à Prætore introducta non est, sed Jurisconsultorũ ingeniis excogitata & instituta ad exemplum ejus, quæ à Prætore comparata & in edicto proposita fuit. Respondemus, etiam eas actiones, quæ ad imitationem edicti à prudentibus compositæ sunt, prætorias censeri; propterea quòd causam & initium à jurisdictione Prætoris acceperunt.

De rebus coloni] Dubium non est, quin ea actio de pignore, quæ verbis edicti proposita fuit, Serviana propriè vocetur. Unde existimare licet, Prætorem nominatim tantùm de rebus colonorum pro mercede locationis obligatis locutum, edictumque ad hunc modum conceptum fuisse: *Quod à colonis oppignoratum mercedis causa ad alterum pervenerit, ejus rei creditoribus actionem dabo.* De rebus inquilini similiter obligatis actio verbis edicti proposita non fuit: itaque cùm de his rebus agimus, non propriè Serviana experimur, sed quasi Serviana, quæ est ex edicti productione.

Quæ pignoris jure pro mercedibus] Relativum
8 *Quæ* hìc non demonstrat, sed distinguit: quippe hac adjectione non illud significatur, res omnes coloni pro mercede fundi locatori esse obligatas: sed de his, quæ obligatæ sunt, Servianam competere. Jam autem constat, non omnes res coloni pro mercede pignoris jure teneri; sed primùm fructus in fundo conducto nascentes: qui quidem etiam tacitè citra ullam conventionem pignori esse intelliguntur; *l. 7. in quib. caus. pign. tac. l. 3. C. eod.* Deinde ea & sola, de quibus nominatim convenit, ut pignori essent; *§. adipiscendæ 3. in fin. inf. de interdict.* nam nec invecta, inducta, aut illata in prædium rusticum, aliter pignori sunt fundi domino, quàm si expressa conventio intercesserit; *l. 4. & d. l. 7. d. tit. l. 5. C. eod.* Qua in re distat conductio prædii urbani à conductione rustici: nam in urbanum prædium illata placet pignori esse locatori, etiamsi nihil
nominatim convenerit; *l. 4. de pact. & d. l. 4. in quib.* 9
caus. pign. tac. Cujus differentiæ ratio si quæratur ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta, *l. si Servus 61. § locavi. 8. de furt.* quod autem erat in more positum, ut aliàs sæpè; in jus paulatim transiit, & pro dicto habitum est, sicubi dictum non esset. Scio, veteres Interpretes aliter sentire, atque arbitrari, etiam in inductis atque illatis in prædium rusticum tacitè sive citra pactionem expressam pignus pro mercede constitui; si modò voluntate seu scientia domini illata sint: quod nec ipsum in illatis in urbanum prædium exigatur. Laudant in hanc sententiam Constitutionem Alexandri, quæ extat *in l. 3. C. de locat.* Sed meritò hæc sententia à recentioribus rejecta est, nihilque eam juvat D. Alexãdri Constitutio, qua sola nititur. Nam voluntatis nomine in ea Constitutione adsignificatur expressa conventio; quemadmodum etiam *in l. Pomponius 5. §. 1. in quib. ca. pign. tac.* Quorsum enim exigamus, ut voluntate domini illata sint, nisi simul ut pignori essent, pactio aliqua inter eum & colonum interposita fuerit? Sed & voluntate domini illata sic rectè accipi possunt, si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui autem hanc legem locationi dixit, vi ipsa & per consequentiam pactus esse intelligitur, ut quæ ex pactione importarentur, pignoris loco teneantur. Ita fermè, *Connan. 4. comm. 16. Fort. Garz. ad d. l. 5. Duar. Cujac. ad l. 4. de pact. Don. de pign. c. 4. Bach. 1. de pign. c. 11. D. Tuld. in tit. C. in quib. ca. pign. tac. n. 3. Christ. vol. 3. dec. 110. & vol. 4. dec. 155.*

Quæ creditores pignora persequuntur] Quasi 10
Serviana seu hypothecaria datur de reliquis rebus pignori obligatis, & in quovis genere pignoris locum habet. Itaque competit non tantùm de pignore conventionali, sed etiam de legali; quale verbi causa habent pupilli & adolescentes in bonis tutorum & curatorum; *l. pro officio 20. Cod. de adm. tut.* fiscus in bonis debitorum fisci; *l. 1. l. 2. C. in quib. cap. pign. tac.* uxor in rebus mariti in causa dotis; *l. un. §. 1. C. de rei ux. act.* legatarii in rebus hæreditariis; *l. 1. C. comm. de legat.* item de pignore prætorio & judiciali; *l. 2. C. de præt. pign.* item de eo, quod testamento constitutum est; *leg. non est mirum 26. de pign. act.* denique & de pignore tacito; *l. 4. l. 7. in quib. ca. pign. tac. l. 4. de pact.*

Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam.] Inter pignus & hypothecam tantùm nominis sonus differt; ait Marcian. *l. 5. §. 1. de pign.* id est, diverso & discrepante sono idem significant. Addit hic Imp. *Quantum ad actionem hypothecariam attinet*; quod etiam sensisse Marcia-

tianum arguit inscriptio *d. l. 5.* quæ est: Ad formulam hypothecariam. Quorsum hæc restrictio pertineat, mox indicatur.

Inter creditorem & debitorem convenit.] Additum hoc exempli causa: multa enim sunt genera pignorum, quæ constituuntur sine conventione ut jam intelleximus. In conventionali pignore hoc jure in toto Belgio utimur, ut nullum prædium speciali hypotheca affici queat, nisi coram Magistratu & Judice, sub cujus jurisdictione situm, pignus constituatur scriptura in fidem rei gestæ confecta, juxta placitum Caroli quinti ann. 1529. *Io. Deckher. lib. 1. diss. 10. n. 34. add. art. 35. Ordin. Polit.* aut si feudale sit prædium, coram Paribus Curiæ; *Neostad. de feud. c. ult. n. 26. Grot. lib. 2. introd. c. 42.* Planè ad constituendam generalem hypothecam sufficit, coram quovis hujus regionis judice, bona sua apud acta publica obligasse; *d. art. 35. Grot. d. lib. 2. cap. 48.*

Utraque hac appellatione continetur .] Sensus est; Quæcumque res sit, sive mobilis sive immobilis, sive tradita sive non tradita, quæ pro debito obligata est; ea utroque hoc nomine, pignoris videlicet & hypothecæ, promiscuè in actione hypothecaria designari solet. Quippe quæ actio, & si quod commodum ei adhæret, creditori competit, tam pro pignore propriè dicto, cujus scilicet amissa sit possessio, quàm pro hypotheca, ita ut effectu juris non differant. Ex hoc dictum est ab Ulpiano; Pignus contrahi non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi traditum non est, *l. 1. de pign. act.* Sanè quod novissimo jure constitutum est; Ut debitor priùs conveniatur, & facultates ejus excutiantur; & sic demum, si repertum sit, debitorem non esse solvendo, ad pignoris possessionem perveniatur, *Nov. 4. cap. 2.* id plerique putant rantùm locum habere in hypotheca, non in pignore propriè dicto: cujus scilicet possessio ab initio ex conventione penes creditorem fuit, & posteà forte amissa; sed hoc casu adhuc statim & rectâ possessionem pignoris avocari posse: quæ sententia non caret ratione; *Neguss. de pign. part. 8. memb. 1. n. 18.*

Pignoris appellatione eam propriè rem &c.] Si significationem & proprietatem verborum spectamus, aut potiùs usum juris; inter pignus & hypothecam hoc interest, quòd pignus propriè dicitur, cùm simul res traditur creditori, Græcis ἐνέχυρον, & præsertim si sit mobilis; hypotheca autem, cùm res sine traditione, nuda conventione obligationi subjicitur. In pignore id nostri sumpserunt à notatione & origine verbi, utpotè quod dictum sit à pugno, ut sit res, quæ traditur manu ac velut pugno; *l. plebs 238. §. 1. de verb. sign.* Unde maximè id dicitur de re mobili, in quam solùm cadit, ut manu capiatur: sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum possessio itidem creditori tradita sit. Hypotheca autem verbum Græcum est, quod posterior ætas usu Latinum fecit, dictum ἀπὸ τοῦ ὑποτίθεσθαι, quod est *supponere*, id est, *pignori opponere, fiduciare*; ut appareat, verbum generale esse, eoque significari utramque speciem rerum pignori oppositarum, tam quæ traditæ sunt, quàm quæ non sunt traditæ. Sed quod in aliis innumeris accidit, ut modò generis modò speciei ei generi subjectæ significationem habeant, id etiam fit in verbo hypothecæ: quod cùm per se generale sit; tamen plerumque ad certam speciem contrahitur, ut ea appellatione intelligatur species pignori contraria, id est, res quæ sine traditione, nuda conventione tenetur, & maximè immobilis: idque intelligi necesse est, quoties hypotheca à pignore distinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in *l. si rem 9. §. propriè. 2. de pign. act.* Veteres Consulti verbo *hypotheca* usi non videntur, sed Latino *fiducia*. Cujus rei argumentum est, quòd in iis, quæ manum Triboniani elapsa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur nusquam nomen hypothecæ occurrat, sed fiduciæ dumtaxat; ut videre est apud Paulum in libris receptarum sententiarum, *l. 1. tit. 9. l. 2. tit. 5. l. 3. tit. 6. de legat. l. 5. tit. 26. in fin.* sicut nec actionis hypothecariæ usquam in his mentio extat, sed fiduciariæ, judicii & actionis fiduciæ tantùm; ut apud eumdem Paul. *d. lib. 2. tit. 13.* Modestinus apud Licinium Ruffinum *in collat. leg. Mosai. & Rom. tit. de depos. Sed & in cæteris quoque partibus juris ista regula* (de culpa præstanda) *custoditur: sic enim & in fiduciæ judicio, & in actione rei uxoriæ, & dolus & culpa deducitur, &c.* Papinianus apud eumdem *tit. de atroc. injur. Per hominem liberum noxæ deditum si tantum acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est à Prætore, qui noxæ deditum accepit, sed fiduciæ judicio non tenetur.* Fuit verò & hoc ipsum fiduciæ verbum generale, eoque tam pignus, id est, ἐνέχυρον, quàm ὑποθήκη significabatur. Cic. *in Topic. Si tutor fidem præstare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet & procurator.* Paul. *d. tit. 13. Debitor distractis fiduciis à creditore de superfluo adversùs eum habet actionem.* Sed usus item speciale fecerat, contraxeratque ad obligationem immobilium. Paul. *d. lib. 2. tit. de modo, id est, spatio: Hæredibus debitoris adversùs creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, &c.* Idem alibi: *Rem legatam testator si posteà pignori vel fiduciæ dederit, &c.* id est, pignori vel hypothecæ. Hæc & Clariss. Salmas. *lib. de mod. usur. c. 14.*

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis personalibus.

8. *In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet Prætor; veluti de pecunia constituta: cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra Constitutione (cùm & si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est) & ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate à nostris legibus recedere. Item Prætor proposuit*

fuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarum; & eam, per quam quaeritur, an actor juraverit; & alias complures.

NOTÆ.

8. *Receptitia.*] Hæc actio civilis erat verbis solemnibus composita, & tantùm in argentarios dabatur, cæterum de re quacumque etiam antè non debita: actio autem constitutoria, quæ honoraria est, dabatur contra omnes quidem, qui constituissent; sed tantùm de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, & non nisi debito constituto, *l.* 2. *C. de const. pec.* ad Salmas. *de mod. usur. cap.* 16.

In actionem pecuniæ constitutæ.] Actionis receptitiæ vis omnis à Justiniano transfusa est in constitutoriam, excepto eo, quòd non constituitur nisi debitum, etsi recipiebatur & non debitum, *d. l.* 2.

COMMENTARIUS.

1 *Recipere quid & actio receptitia.*
2 *Actionis receptitiæ & constitutoriæ discrimina: & præcipua causa.*

1 HActenus actiones prætoriæ in rem; subjiciuntur deinceps, ut erat propositum, ejusdem originis actiones in personam. Actionum prætoriarum in personam, quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiscuntur; quædam ex maleficio, aut quasi ex maleficio: ac utriusque generis multæ & variæ sunt species causis efficientibus proximis distinctæ; neque enim hoc loco omnes, sed paucæ tantùm proponuntur, exempli videlicet gratia: ac primùm velut ex contractu hæ tres, de constituta pecunia; de peculio; ex jurejurando.

Cui similis videbatur receptitia] Actioni de pecunia constituta similis fuit vetus actio receptitia, sic dicta à verbo *recipere*, quod inter alia significat, in se aliquid suscipere & polliceri: nam passim apud Classicos auctores invenies, *recipere in se, ad se,* & simpliciter *recipere*, dictum pro aliquid facturum promittere: & videtur majorem etiam vim hoc verbum habuisse, quàm *promittere*. Cicero Licinio Crasso: *Velim existimes, me ea, quæ tibi promitto, ac recipio, sanctissimè esse observaturum.* Hæc autem receptitia actio tantùm ad trapezitas, sive mensarios aut argentarios pertinebat; apud quos, ut cum moris erat, pecuniæ & res civium Romanorum deponebantur. Itaque si mensarius citra stipulationem recepisset, si certo die soluturum, quod hic vel ille apud se deposuisset, hoc conventionis genus receptum dicebatur; & actio, quæ ex ea re
2 competebat, receptitia sive pecuniæ receptæ.

Nostra Constitutione] Extat *in l.* 2. *C. de const. pec.* Quantum autem ex hac Constitutione Justiniani intelligere licet, hæc inter actionem receptitiam & constitutoriam discrimina fuerunt: illa civilis erat verbis solemnibus composita; hæc prætoria: illa tantùm contra argentarios dabatur; hæc contra omnes, qui constituissent: in illam etiam veniebat, quod non erat debitum; in hanc non nisi debitum: illa in quibuscumque rebus; hæc in iis tantùm, quæ pondere, numero, & mensura constant, locum habebat, in quibus & consistebat mutuum. Cujus differentiæ hanc fuisse causam putat eruditissimus Salmasius *lib. de mod. usur. cap.* 16. quòd olim mensarii auctionibus præerant, pretia rerum venditarum colligebant, ac redigebant: apud eos cujusque generis res deponebantur, quia publicæ fidei erant quasi sequestres. Idcirco & promittebant, se soluturos aut reddituros pro aliis res quascumque mobiles vel immobiles. Cæterum Justinianus sublata receptitia, unam esse voluit actionem adversùs omnes constituentes, & de omnibus rebus constitutis eam, quæ de pecunia constituta appellatur: quòd & ad agendum esset commodior, & verbum *pecuniæ* omnibus rebus conveniret; *l. pecuniæ* 178. *de verb. sign.*

Si quid plenius] Hoc tamen excepto, quòd non constituitur nisi debitum: etsi olim in receptitiam veniebat & quod non fuerat debitum; *d. l.* 2. *C. de const. pecun.*

Et alias complures] Cujusmodi sunt; quod jussu, exercitoria, institutoria, tributoria, de in rem verso: quæ etiam explicantur *tit. proximo*.

TEXTUS.

De constituta pecunia.

9. *De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque vel pro se, vel pro alio soluturos se constituerint; nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioqui si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.*

COMMENTARIUS.

1 *Actionis de pecunia constituta introducta causa.*
2 *Singulare in hac actione.*
3 *Quibus ex causis hac actione teneantur.*
4 *Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo.*

ACtio de pecunia constituta edicto Prætoris introducta est ex hac causa, si quis nudo pacto constituerit se soluturum, quod ante debitum fuit; *l.* 1. §. 1. *de const. pec. l.* 2. *C. eod.* Ex hac causa jure civili actio non competit: quippe quo jure ex nuda conventione, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmandæ gratia interposita, actio non datur. Prætor autem constituta ex consensu facta custodienda putavit, motus naturali æquitate: quoniam ut Ulpianus ait *d. l.* 1. *in pr. Grave est fidem fallere.* Grave scilicet in hac specie maximè, ubi quod jam ex aliqua præcedenti causa debetur, nova conventione stabilitur ac confirmatur: nam nisi debitum sit quod constituitur, Prætor actionem non dat. Illud in hac 2

hac actione, ut singulare observandum est, quòd ea edicto proponitur non statim, sed sub conditione, si appareat, eum qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominùs fieret, quod constitutum esset; *l. si duo 16. §. 1. & seq. l. sed & si 17. & l. seq. de pec. constit.* Ex quo simul intelligimus non admitti actionem actori, si moram fecerit in accipiendo: quod ratio juris civilis non patitur, sed ei ab initio nec datum videri, si per eum steterit constitui die, quominùs oblatum acciperet. Nimirum Prætori novam actionem præter regulam juris inducenti vi-
3 sum est, eam sic proponere, ut quàm novissimè cum reo ageretur, & quæcumque culpa posset actori in accipiendo objici, ne actio daretur.

Pro se vel pro alio] Is solus actione constitutæ pecuniæ tenetur, qui quod ante debitum fuit, constituit; *l. 1. §. 1. & passim deinceps; l. 5. §. 2. l. item illa 18. §. 1. h. t. de pec. const.* A quo autem debitum sit, utrùm ab eo, qui constituit, an ab alio, nihil interest; *d. l. 5. §. 2. l. 2. C. eod.* Sed nec illud refert, qua ex causa, quove jure debitum sit: dum aut utiliter peti possit, aut naturaliter debeatur; *l. 1. §. debitum 6. & deinceps, l. 3. §. 1. eod.* Hoc amplius etsi quis constituit alii, quàm creditori, modò pecunia debita sit, valebit constitutum: nihil enim Prætor adjecit; *d. l. 5. §. 2.* Postremò & aliud, quàm quod debetur, constitui potest: & quod debetur, constitui citeriore die, aut alio loco, quàm quo dari oportet; *d. l. 1. §. an po-*
4 *test 5. l. 4. & 5. in pr. eod.* Id quod sub conditione debetur, sive purè sive in diem constituatur, eadem conditione suspenditur: ut existente conditione valeat, deficiente utrumque pereat. Sed is, qui purè debet, si sub conditione constituat, in hunc esse utilem, id est, efficacem actionem, Pomponius censuit; *l. id quod 19. p. & §. 1. eod.*

Nulla stipulatione interposita] Actioni constitutoriæ tunc locus est, cùm quis nudo pacto se soluturum constituit. Nam si stipulatio intervenerit, actio honoraria non desideratur, cùm sit civilis ex stipulatu. Illud sciendum est, constitutum priorem obligationem non innovare, sed ei accedere, eumque etiam, pro quo alius constituit, adhuc obligatum manere; *l. ubi quis 28. eod.* Quæ species constituti multa habet cum fidejussione communia. Veluti quòd liberato priore seu principali debitore, liberetur & pecuniæ constitutæ reus; *l. in omnibus 43. de solut.* Quòd et beneficium ordinis & excussionis non minùs quàm fidejussori tributum est; *Nov. 4. c. 1.* Et si plures sint pecuniæ pro alio constitutæ rei, quòd his etiam competit beneficium divisionis; *l. ult. C. h. t.* Cæterum & in multis discrepant: nam constitutum nudo pacto perficitur; fidejussio stipulationem requirit: constitui potest etiam aliud, quàm quod debetur, & alii, quàm creditori, & quod ulterіore die debetur, constitui citeriore. Quorum nihil admittit fidejussio; ut docuimus *sup. de fidejuss. sub §. fidejussores 5.* Quo loco etiam monuimus, hodiernis moribus constitutum à fidejussione vix discerni posse; sublata videlicet pacti & stipulationis differentia. Olim quoque apud Græcos, qui stipulationum firmamenta pactionibus suis non adhibebant, nullum hac in parte discrimen fuit inter ἀντιφώνησιν & ἐγγύην communem.

TEXTUS.

De peculio.

10. *Actiones autem de peculio ideò adversus patrem dominumve comparavit prætor, quia licèt ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum) condemnari eos.*

NOTÆ.

10. *Ipso jure non teneantur*] Filiusfam. patrem civiliter non obligat, nec servus dominum; *l. 8. de resc. vend. l. 8. §. ult. de accept.*

Veluti patrimonium] *L. 32. in fin. pr. de pec.* Peculium autem filiifam. hic profectitium tantùm accipimus, *l. 18. in fin. de castr. pec. l. 6. & l. ult. C. de bon. quæ lib.*

COMMENTARIUS.

1 *Causa introducendæ actionis de peculio.*
2 *Hanc actionem non in rem, sed in personam esse.*
3 *An actio de peculio, quæ adversus patrem datur specie differat ab ea, qua tenetur filius.*
4 *Cujus peculii nomine pater ex contractu filii rectè conveniatur.*
5 *Actione de peculio non consumi obligationem, quæ cum filio aut servo contracta.*
6 *Ex delictis actionem de peculio non dari.*
7 *Causa, ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant.*

ETiam actiones, quæ de peculio ex contractu filiifam. aut servi adversùs patrem aut dominum dantur, sunt actiones in personam prætoriæ. Nam jure civili nemo ex alterius contractu obligatur, *l. 1. C. ne ux. pro marit. l. 1. C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo qui al. pot.* Sed Prætori æquum visum est, ex contractu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hactenus obligari, quatenus causa contrahendi, id est, peculium filio aut servo concessum peteretur: ne scilicet qui bona fide cum servis & filiis contraherent, quos peculium habere scirent, circumvenirentur. Nam pater & dominus hoc ipso quòd peculium filiis & servis concedunt, de eo se tacitè obligare videntur, & simul servo & filio etiam jus contrahendi pro modo & quantitate peculii concedere, *arg. l. 1. §. item 5. de acquir. poss. l. 1. si à par. quis man.* ut proinde qui cum servo aut filio contrahit etiam domini & patris personam spectare, & eorum quoque fidem quodammodò sequi videatur. Porrò, ut hîc locus ostendit, actio de peculio

non

non est actio in rem, sed in personam. Quippe quæ non nascitur ex ullo jure, quod quis in re habet, sed ex obligatione; uti passim legimus dominum & patrem de peculio obligati. Obligantur autem non ex persona propria, sed ex persona servorum & filiorum, propter eam causam, quam modò allegavimus. Planè in hoc actio de peculio naturam actionum in rem imitatur, quod peculium ea sequitur, veluti si servus cum peculio alienatus sit; *l. & ancillarum 27. §. 2. de pecul.* Actionis enim in personam natura hæc est, ut semper adversùs eumdem locum habeat, *l. actionum 25. de obl. & act.* Cæterum hoc ideò placuit, quia Prætor propter peculium dominum teneri voluit, & tantùm peculio tenus.

4 *Actiones*] Utitur numero multitudinis, quia tot sunt actiones de peculio, quot sunt rationes contrahendi; ut actio ex empto de peculio; ex vendito de peculio; mandati; commodati; depositi, &c. de peculio. Quæsitum autem est, An actio, quæ de peculio adversùs patrem datur, sit diversa ab ea, quæ contra filium competit; ut, quemadmodum duo hic sunt debitores, *l. si quis 44. de pecul.* ita & duæ sint distinctæ actiones; an verò una sit eamdemque actio. Et certum est, numero quidem hasce actiones differre; at non videntur differre specie: sed actio de peculio cum altera illa esse eadem specie actio, novam saltem qualitatem habens. Etenim actio de peculio non est propria aliqua actio, sed alterius actionis, puta mandati, depositi, ex empto, adjectio; prorsus ut actio noxalis non est propria actio specie distincta ab ea, quæ directò ex delicto competit sed tantùm actionis ex delicto adjectio, quamquam novam habet qualitatem; *vid. inf. tit. 8.*

De peculio] Peculium servi simplex est & unius generis, totum in domini, à quo profectum est, potestate: unde & sine exceptione dominus de peculio tenetur. Peculium verò filiisfam. multiplex & non unius naturæ. Genera ejus singula distinctè exposita sunt *sub tit. 9. l. 2.* Ex ea autem distinctione intelligere licet, patrem non de omni peculio rectè conveniri; sed de profectitio tantùm, quod solum totum in potestate habet. Et quidem de castrensi aut quasi castrensi ideò pater non cogitur actionem de peculio pati, quia in

5 hoc genere peculii pater jus nullum habet, sed ipse filius locum ac jus patrisfam. in eo obtinet; *l. ex castrensi 8. in fin. de castr. pecul. l. 30. C. eod. l. 2. de sen. Mac.* De peculio adventitio olim quidem similiter ut de profectitio in patrem actio competebat: sed postquam Justinianus adventitii peculii proprietatem filio concessit, & pater tantùm ususfructuarius hujus peculii & legitimus administrator factus est, desiit ex contractu filii de hoc peculio conveniri posse, *l. 6. & l. ult. C. de bon. quæ lib.* Multò minùs igitur conveniri poterit eo casu, quo filius plenam peculii adventitii proprietatem habet; Costalius post Bartol. *in l. 1. de pecul. Christ. vol. 3. dec. 35. n. 2.*

Adversus patrem & dominum] Ita ut nihilominùs salva maneat obligatio, quæ cum filio aut servo contracta est. Quæ res hanc vim habet, ut si cum patre actum sit, adhuc civilis actio contra filium supersit; *l. si quis 44. de pecul.* si cum domino, servus adhuc naturaliter obligatus maneat hoc effectu, ut & fidejussor ejus obligationis accipi possit, & pecunia à manumisso soluta non repetatur, *l. eo tempore 50. §. 2. eod. l. 14. de obl. & act.* Itaque quod dicitur, *in dict. l. si quis*, eum qui cum filiosfam. contrahit, duos habere debitores, filium in solidum, & patrem de peculio; idem de eo quoque, qui cum servo contraxit, dici potest, nimirum etiam hunc duos habere debitores, dominum de peculio, servum in solidum; sed hoc interest, quòd cum filio etiam agi potest, cum servo non potest; qua de causa Jurisconsultus in *d. l. si quis*, filiisfam. tantùm meminit. Illud per se planum est: pro eo quòd actor à patre aut domino actione de peculio consecutus est, minui filii & servi obligationem; ut & illud: si filius conventus pecuniam aliunde quæsita solverit, etiam patrem liberari. 6

Ex contractu] Additum hoc consultò ad removenda maleficia & quasi maleficia: nam ex delictis causisque pœnalibus actio de peculio non datur, *l. 1. §. si filiusfam. 7. de his qui dejec. l. ex pœnalibus 58. de reg. jur.* Cui non obstat, quòd filio ex pœnali causa convento, & in certam summam condemnato, pater tenetur actione judicati de peculio. Nam hic pater non convenitur ex delicto filii, sed velut ex contractu. Quippe etiam judicio cum filio contrahitur, sicut stipulatione; *l. 3. §. idem scribit 11. de pecul.* Sed nec ulla alia actione ex delicto filii pater conveniri potest: dominus autem ex delicto servi alia tenetur, nempè actione noxali, *inf. tit. 8.* Cæterum verbo contractus & quasi contractum hic intelligere debemus: puta tutelam, negotia à filiosfam. aut servo gesta; quorum nomine etiam de peculio adversùs patrem & dominum actio est; *l. ex facto 52. de pecul. l. 14. de neg. gest. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. 1. C. quod cum eo.* Neque hoc novum est, ut quasi contractus absolutè contractus vocetur, *l. sed etsi 16. de neg. gest. l. ult. in quib. ca. pign. tac. d. l. ex contractibus, de obl. & act.* Illud obiter notandum, esse quosdam contractus & causas, ex quibus servus & filiusf. dominum aut patrem de peculio non obligant. Dominum placet non teneri ex his quatuor; si servus fidejusserit; si liberum se mentitus judicium susceperit; si compromiserit; si jusjurandum detulerit, *l. 3. §. si filiusf. 5. & §. si servus 8. cum seq. l. 5. §. 2. de pecul.* Patrem autem ex una tantùm causa non tenetur; nempe si filius mutuam pecuniam acceperit; idque propter Senatusconsultum Macedonianum, quod vetuit, ex hac causa actionem aut in filium aut in patrem dari. De quo pluscula suo loco *in fin. tit. seq.*

Ipso jure] Ipso jure idem hic valet, quod jure civili, uti & in *§. 1. inf. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. usufr. quemad. cau. l. 1. §. ult. de superfic.* Hæc igitur hujus loci sententia est: ideò actionem de peculio ex contractu filiorum & servorum adversùs patrem & dominum comparatam à Prætore,

tore,

tore; quia hi non teneantur eo nomine jure civili, & tamen æquum sit teneri eos peculio tenus. Potest & locus sic explicari; ut ipso jure dictum intelligamus pro mera & stricta juris ratione.

Quòd veluti patrimonium] Hæc ratio non concludit, nisi factum patris & domini simul respicias qui peculium, ejusque seu patrimonii cujusdam administrationem filiis & servis concesserunt.

Condemnari eos] Deducto tamen quod iis naturaliter debetur; *l. pen. C. quod cum eo, l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. de pecul.* ubi Ulpianus ait: Peculium deducto eo, quod domino debetur, computandum esse; quia prævenisse dominus, & cum servo egisse videatur. Item si quid his debetur, qui sunt in ejus potestate. Actionis de peculio apud nos nullus usus est.

TEXTUS.

De actione in factum ex jurejurando.

II. *Item si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur; justissimè accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.*

COMMENTARIUS.

1 *Qualis sit actio, quæ ex jurejurando datur, novane aliqua, an vetus.*
2 *In personam eam esse, quacumqe ex causa juratum sit.*
3 *De quo genere jurisjurandi hic tractetur.*
4 *Quam ob causam hæc actio à Prætore introducta, cui; adversùs quem; quo effectu detur.*

INter actiones, quæ à Prætore proditæ in personam sunt, numeratur hoc loco & actio ex jurejurando. A Prætore hanc actionem introductam esse, non constitutam jure civili, apparet
1 ex eo, quòd jure civili nulli actio datur, nisi ei, cui quid debetur: nec satis est, in judicio dicere, sibi quid deberi, nisi & is, qui dicit, probet. Non probat autem qui jurat, utique non propriè & verè. Cur autem Prætor hîc actionem constituerit, paulò post audiemus. In personam est, utpote proficiscens ex conventione, *l. qui jurasse 26. §. ult. de jurejur.* Proinde talis etiam tunc, cùm in actione in rem juratum est. Sed quoniam in universum parum liquet, qualis sit hæc actio, (nam & veterem hîc actionem dari legimus; *leg. si duo 13. §. 3. & seqq. eod. l. 7. §. si petenti 7. de public. in rem. act.* & utilem interdum, *l. sed si 11 §. ult. l. quod si 29. de jurejur.* sæpè etiam & passim in factum) diligentiùs inquirendum est, quid de ea re habendum sit. Ego sic sentio: verbis has actiones distingui; cæterum re ipsa unam tantùm esse, eamque ex solo jurejurando nasci: certè una hac causa & defensione niti, quia juratum est. Porrò hanc eamdem modò in factum, modò utilem à Consultis vocari, modò sub appellatione veteris actionis intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari solet, cùm dedi aut feci quid, ut vicissim dares aut faceres: juravi enim te deferente, ea lege, ut dares aut faceres, quod peto; *d. l. 11. §. 1. l. 8. C. eod. junct. leg. 1. & 2. de præscr. verb.* Dicitur utilis, propterea quòd cùm conventio hîc aperta non sit, non potuit dari ex jurejurando actio præscriptis verbis seu in factum civilis: sed datur in factum prætoria, id est, utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti dari, sed verbo magis, quàm re: nimirum ob veterem causam, quam initio obtendere ad existimationem actoris nonnihil pertinet. Cæterum revera novæ causæ intentio- 2
ne nititur, quæ non aliunde nascitur, quàm ex jurejurando: quapropter etiam in hoc solùm consistit; cujus proprium est, ut non aliud quæratur, quàm an juratum sit, omissa quæstione, an ex priore causa debeatur; *l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. de jurejur.* Et hoc est, quod Paulus scribit, *in l. eum qui 30. eod.* Hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari. Planè juramentum præstitum non impedit, quominùs adhuc vetus actio intentari possit, *d. l. eum qui*: sed nemo, qui sapit, necessitati probandi ultrò se subjicit, *Oldend. class. 1. act. 9. in affin. rem. Don. c. 8. ad tit. de jurejur.* Proficiscitur hæc actio ex conventione; *l. sed & si 25. & l. seq. in fin. eod.* cui consequens est, in personam eam esse, non in rem, etiam tunc cùm quis in actione in rem juravit, rem, quam petebat, suam esse. Nam cur hîc quoque non sit actio in personam, cùm sit pariter ex jurejurando id est, ex conventione: cujus generis actiones omnes in personam sunt, nulla in rem? Neque obstat, quòd petitor, qui deferente possessore juravit rem suam esse, ex hac parte edicti agens intendit, rem suam esse, ut juravit; quæ intentio est actionis in rem. Nihilominùs enim in personam agere intelligitur hoc ipso, quòd agit propter jusjurandum: ideòque & hîc actio in factum dari dicitur, quæ utique in personam, *l. 11. §. 1 eod.* Denique illud constat, non dari eam adversùs quoscumque possessores; ut natura est actionum in rem: sed adversùs eum dumtaxat, qui jusjurandum detulit, eosve, qui in locum ejus successerunt; *l. 9. §. ult. & l. seq. eod.* & ideò quamvis alii hîc utilem in rem dari censent; *per d. l. 11. §. ult.* effectu tamen juris nihil interesse fateantur, in personam, an in rem hîc agi dicamus. Donellus existimat, tractari solùm hoc loco de jurejurando, quo res transigitur, nulla interveniente sententia & nimirum de jurejurando voluntario, quod judicio nondum cœpto seu ante litem contestatam ex conventione actori defertur. Nam ibi sententia intervenit, actionem ex jurejurando non dari: 3
sed locum esse actioni judicati dumtaxat; videlicet cùm jusjurandum actori defertur post litem contestatam: sive à reo approbante judice, quod propriè vocatur judiciale: sive à judice in causa dubia & laborante inopia probationum, etiam reo invito, secundùm *l. admonendi 31. de jurejur. l. 3. C. eod.* quod jusjurandi genus dicitur necess-

necessarium. His enim casibus judicem, præstito jurejurando quasi re satis probata, secundùm eum sententiam ferre, qui juravit; *l. jusjurandum 34. §. ult. d. l. admonendi eod.* De jurejurando necessariò assentior: quippe quod in eum finem, ut inde actio nascatur, non defertur: cæterum judiciale etiam huc pertinere arbitror, atque ex eo quoque actionem dari, licèt sententia secuta sit; scilicet præter actionem judicati. Nam non est novum, ut ad idem obtinendum plures actiones dentur. Itaque non obstat *l. 34. §. ult. de jurejur.* & omninò ex judiciali etiam actionem dari, evincitur ex *l. 8. C. de reb. cred. l. 3. pr. & §. 1. l. 9. §. ult. l. 30. §. 3. de jurejur.* Atque *in d. l. 34. §. 7. eod.* petitori, cui relatum est jusjurandum, si jurare recuset, denegatur actio. Ubi de jurejurando judiciali agi arguit relatio, cui in voluntario non est locus, *l. 17. pr. eod. Osvuald. Hilling. in Don. lib. 24. C. 18. E. Mudæus ad hunc §. n. 3.*

Postulante adversario] Id est, conditione jurandi ab adversario delata. Nam si quis juret, nemine ei jusjurandum deferente; Prætor id jusjurandum non tuetur, quasi sibi juraverit. Et alioqui facillimus quisque ad jusjurandum decurrens oneribus probationum se liberaret; *l. 3. de jurejur.*

Iuraverit] Aut cùm jurare paratus esset, remis-
4 sum ei fuerit jusjurandum. Nam remissi eadem vis, quæ præstiti, *leg. 5. §. ult. l. 9. §. 1. eod. l. 1. l. 8. Cod. eodem.* Remittit autem, qui deferente se cùm paratus esset adversarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti jusjurandi, *l. 6. eod.*

Iustissimè accommodat ei talem actionem] Justissimum ideò, quia ad religionem jusjurandi accedit deferentis conventio & consensus: qui dum jusjurandum actori defert, hoc dicere videtur; si actor juraverit, paratum se stare jurijurando, id est, præstare quod petitur. Hinc illa: Jusjurandum servari propter religionem & conventionem; *l. sed & si 25. & l. seq. §. ult. eod.* Item speciem transactionis continere; *l. 2. eod. id est,* Jurejurando negotium quasi transigendo inter litigatores decidi; *l. admonendi 31. eod. leg. quod si 21. de dol.* Accedit ad conventionem & utilitas publica, quò scilicet major sit facultas litium expediendarum; *l. 1. eod.* Constituta est igitur actio ei, qui juravit, quid sibi deberi, aut suum esse, adversùs eum, qui jusjurandum detulit: & constituta optimo jure. Sicut autem actori juranti actio ex jurejurando jure prætorio competit; ita ex contrario, si actore deferente juraverit reus se nihil debere, datur reo jusjurandi exceptio; de qua *inf. sub tit. de except. §. 4.*

Sed an juraverit] Διὰ τὸ νίκας τοῦ ὅρκου. Dato igitur jurejurando vel remisso, non aliud quæritur, quàm an juratum sit, an parato jurare jusjurandum remissum: insuper habita quæstione, an debeatur, quasi id satis probatum sit jurejurando; *d. l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. eod. l. post rem 56. de re judic. l. si quis 11. in fin. C. de reb. cred.* Ubi ejus rei hæc ratio redditur; ne repetita lite finis negotii alterius causæ fiat exordium. Et omninò qui adversarium jurare patitur, iis omnibus allegationibus renunciasse intelligitur, quæ ante jusjurandum præstitum objici, jurisque jurandi præstationem impedire aut remorari potuissent. Utique tamen salvæ manent exceptiones omnes, quæ etiam in causa judicati objici potuissent; *l. cum qui 30. §. ult. eod. Ant. Fab. C. suo, eod. tit. defin. 11.* An jusjurandum prætextu aliquo, sive intentionis novorum instrumentorum, sive perjurii, retractari queat, & an pœna aliqua pejeranti legibus civilibus constituta sit, disputare non est hujus loci. Consulantur *DD. in l. 1. l. 2. & l. ult. C. de reb. cred. & jurejur.*

TEXTUS.

De actionibus pœnalibus.

12. *Pœnales quoque actiones Prætor penè multas ex sua jurisdictione introduxit: veluti adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset: & in eum, qui patronum vel parentem in jus vocasset, cùm id non impetrasset: item adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit: & alias innumerabiles.*

NOTÆ.

12. *Qui quid ex albo*] In eum, qui album Prætoris jurisdictionis perpetuæ causa propositum corrupit, judicium populare 50. aureorum datur. In Pand. Flor. legitur 500. *aureorum, l. 7. de jurisd.* Prætorum edicta in tabulis dealbatis conscripta proponebantur, ut unicuique legendi potestas esset.

Cùm id non impetrasset] *l. 4. §. 1. & deinceps, l. 5. cum 3. seqq. de in jus voc.* inque eum quinquaginta quoque aureorum judicium datur; *l. pen. & ult. eod.*

Qui vi exemerit] Adversùs hunc datur actio in id, quanti ea res erit ab actore æstimata; *leg. 1. leg. pen. & pass. ne quis eum, qui in jus voc. &c.*

COMMENTARIUS.

1 *Quale judicium edicto constitutum in eum, qui album corrupit: & quid hoc loco sit album.*
2 *Quid edictum perpetuum; quid temporale: & cur illud corrumpens, actione populari teneatur non item qui hoc: & utrùm pœna fisco applicetur, an litem occupanti.*
3 *Qui in totum, & qui sine venia in jus vocari edicto prohibeantur: qui sine venia vocavit, qua actione teneatur.*
4 *Quæ causæ Prætorem moverint, ut patronum & parentem nisi venia impetrata vocari noluerit: problematicè.*
5 *Mores hodierni circa utramque partem edicti, & circa alteram Interpretum extensio.*

6 *Quale judicium constitutum in eum, qui in jus vocatum vi exemerit. Hodie vix huic locum esse.*
7 *Recensentur pleraque aliæ actiones prætoriæ pœnales.*

HAbuimus exempla quædam prætoriarum in personam actionum, quæ velut ex contra-
1 ctu ac negotio gesto proficiscuntur, teique persecutionem continent. Sequuntur nunc exempla aliquot earum, quæ quidem & ipsæ prætoriæ sunt & personales, sed ex delicto veniunt, & pœnæ persecutionem habent; ut actio de albo corrupto; de patrono aut parente sine venia in jus vocato; de in jus vocato vi exempto.

Penè multas] Pro *penè* videtur legendum *benè*, id est, valdè: nam *bene* particula Veteribus sæpè est *αὐξητικὸν*, ut benè doctus; benè magnus; benè longus. Cicero lib. 2. de Orat. *Habetis sermonem bene longum*. Idem in Rull. *Adolescens non minùs benè nummatus, quàm capillatus*. Oppius lib. 5. *Cùm benè magnam multitudinem telorum injecissent*. Et mox: *Cùm benè magnam partem muri consumpsissent*.

Qui quid ex albo] Exemplum primum actionum pœnalium ex jurisdictione Prætoris introductarum, actio albi corrupti. In eum, qui album Prætoris corrupit, judicium populare quinquaginta aureorum datur; *l. 7. in pr. de jurisd.* Codex Florentinus & nonnullæ antiquæ editiones habent, *Quingentorum aureorum*. Quod D. Cujacio *lib. 10. obs. 10.* & quibusdam aliis magis probatur propter gravitatem delicti. Quamquam vix est, ut tantæ pecuniæ pœna conveniat judiciis popu-
2 laribus. Hodie pro arbitrio Judicis multari solet *Bus. ad d. l. 7.* Album hoc loco significat tabulam gypsatam, in qua edictum perscriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi potestas esset. Cùm autem duplex edictum sit; unum perpetuum, quod per universum Prætoris imperium permanet, & in omnibus obtinet causis: alterum temporale & paucorum dierum, quod ad causas singulas & oborta negoria accommodatur, quale est citatorium & peremptorium; *l. ad peremptorium 68. cum l. seqq. de judic.* sciendum est, pœnale hoc judicium constitutum adversùs eos tantùm, qui quod jurisdictionis perpetuæ causæ propositum est corruperunt; non in eos, qui quid corrumpunt ex edicto temporali, quod prout res incidit proponitur; *d. l. 7. de jurisdict.* Illi auctoritatem Magistratus violant, & ideò ipsam quodammodò Rempub. civesque universos lædere videntur: unde quoque est, quòd hoc casu populare judicium Prætor proposuit, id est, unicuique ex populo eo nomine actionem concessit *d. l. 7.* Hi tantùm privatos offendere intelliguntur; nimirum eos solos, quorum gratiâ edictum propositum erat; & proinde sufficit, hos ipsos injuriam sibi factam privata actione persequi posse. *Dissent. Gomez hic num. 15.* cujus sententia praxi horum temporum magis convenire videtur. Ait: *Corrupisset*; scilicet dolo malo; nam quod quis per imperitiam, rusticitatem, aut casu fecit, ad hoc edictum non pertinet; *d. leg. 7. in pr. & §. doli 4.* Tenetur verò hoc edicto non tantùm qui corrupit, sed etiam qui sustulit, aut corrumpi tollive mandavit; *d. leg. 7. §. ult.* Quæritur autem: Cùm actio ex hoc edicto popularis sit utrùm pœna fisco applicanda, an privato litem occupanti? Sed verius est, litem occupantis lucro eam cedere; *per leg. 12. de verb. significatione*; & ita post *DD. commens. Gomez hic, n. 29. Schneid. num. 28.*

Qui patronum vel parentem in jus vocasset.] Alterum exemplum actionis prætoriæ pœnalis 3
de patrono aut parente sine venia in jus vocato. Quædam personæ sunt, quæ in totum in jus vocari prohibentur; quædam quæ vocari prohibentur sine venia Prætoris. In totum vocari prohibentur Magistratus, qui imperium habent: item omnes, qui necessaria aliqua occupatione, sive privata, sive publica, aut religiosa, destinentur; *l. 2. cum 2. l. seq. de in jus voc.* sed hæc prohibitio temporalis est, finitoque Magistratu aut negotio expirat. Sine permissu suo Prætor vocari prohibet parentem, patronam, patronum, liberos, parentes patroni, patronæ: atque in eum, qui adversùs hanc partem edicti fecerit, pœnale judicium quinquaginta aureorum parenti, patrono, &c. constituit, *l. 4. cum aliquot. seq. l. pen & ult. d. tit. l. 1. 2. 3. C. eod.* Causam huic edicto dedisse existimant veterem judiciorum Romanorum morem; sic enim jus fuisse olim: Ut qui in jus vocabantur, inviti cogerentur ire; alioqui vi adhibita & injecta manu reluctantes in jus trahere liceret; quo filio in patrem, liberto in patronum sine veniæ petitione permittendum non fuerit; ita ferè *Duar. 1. disput. 1. Revard. cap. 5. ad l. 12. tab. Cujac. 10. obs. 10. Hotom. Don. Vult. ad hunc §.* qui omnes pro certo tradunt: Jure Romano veteri vocationem in jus fieri solitam fuisse non tantùm sine ullo apparitore præceptove Judicis, sed passim etiam licuisse adversario vocatum, ni confestim iret, vocantemque sequeretur, aut satis vel cautum daret, se certo die affuturum, testibus adhibitis ducere, trahere, obtortoque, ut loquuntur, collo in jus rapere. Sunt tamen quamvis pauci, qui adduci non possunt, ut credant, violentam illam ductionem simpliciter & in quovis permissam fuisse. Quid enim, ajunt tam alienum à disceptationibus civilibus, quàm judiciorum omnium exordium fieri ab impressione & violentia? Nec verò illa, quæ sunt apud Comicos, *In jus ambula*, item, *In jus eamus*, & apud Plinium in Paneg. *In jus veni, Sequere ad tribunal*; manus arguere injectionem. Illa quidem arguere, quæ legimus *in Eunucho: In jus ducito*. In *Adulario: Ad prætorem te rapiam.* In Rudent. *Raptor obtorto collo*. Item apud Horatium 1. *Satyr. 9. Rapit in jus*. Sed Horatium apertè loqui de vadimonii desertore: Comicos autem ferè agere de lenonibus; quod genus hominum contemptum & vilissimum habebatur. In hujus tantùm generis homines, aut ejusdem vilitatis; in desertores vadimo-

dimonii, aut latitantes, si in publico occurrissent,
violentiam istam impunè exerceri potuisse. Non
obstare huic sententiæ edictum, *Ne quis eum,
qui in jus vocabitur, vi eximat*. Nam & eum, qui
sequitur, aut sequi paratus est, vi eximi posse, ne
eat. Nec verbum *Ducere*, quo utitur Jurisconsul-
tus *in l. 5. §. 1. qui satisd. cog.* hoc enim de volenti-
bus propriè dici; ut in illo Senecæ: *Fata volen-
tem ducunt, nolentem trahunt*. Quòd autem pa-
rentes & patroni sine permissu Prætoris à liberis
& libertis in jus vocari vetantur, id non hanc ha-
bere rationem, quòd verus in ius vocatio vim ad-
junctam habuit, vocatusque, si ire recusaret, ma-
nu injecta trahi potuit; quod filio & liberto sine
venia permittendum non fuerit, propter reve-
rentiam parenti & patrono debitam: sed quia
hoc ipso, quòd filius patri, libertus patrono diem
dicunt, propriaque auctoritate eos in jus ire ju-
bent, contra reverentiam & pietatem faciunt. Et
quis denique, ajunt, non indignetur, qui audiat,
facinus tam indignum à Prætore permitti, ut
filius patrem, libertus patronum manu injecta in
jus rapiat? aut quomodò filius aut libertus id ci-
tra impietatem petere possunt? His ergo ratio-
5 nibus moti existimant, edictum de in jus vocan-
do pertinere non ad violentam aliquam raptio-
nem, sed ad simplicem vocationem ac denuntia-
tionem: raptionisque violentiam non in quosvis
cives, sed tantùm in personas viles, & desertores
vadimonii exercitam fuisse. Sententia est D.
Joan. Vaudi *lib. 2. quæst. 26.* & Baehovii *ad tit. de
in jus voc.* eamque juvare videntur textus *in l. 11.
l. 16. l. 18. & seq. l. 22. d. tit. l. 2 §. 1. si quis in jus voc.
non ier.* ubi Paulus scribit, eum, qui in jus voca-
tus non ierit, à competente judice multari: & si
actoris nihil interest, adversarium suo tempore
venisse, pœnam à Prætore remitti. In his regio-
nibus ea pars edicti, quæ est de magistratibus in
jus non vocandis, non observatur: sed possunt
magistratus, omnesque, qui publico aliquo mu-
nere funguntur, æquè ac quivis privatus in jus
vocari; *art. instruct. Cur. Goll. 8. 12. & 38. Bus. Mor-
nac. & Autumn. ad leg. 2. de in jus voc. Zypæ, not.
jur. Belg. eod. vers. magistratus.* Cæterum in causis,
quæ ad officium eorum pertinent, ratio citandi
nonnihil diversa. De qua vide *Merul. lib. 4. dist. 4.
sect. 1. tit. 3. cap. 4.* Altera verò pars de parentibus
sine venia non vocandis, etiamnum hodie obti-
net: quamvis ex auctoritate & jussu Magistratus
per apparitores viatoresve vocatio nunc peraga-
tur. Dixi, jussu Magistratus: nam etsi apud nos
inferioribus tribunalibus apparitores sive nun-
tii, nullo speciali judicis mandato interveniente,
nec libello supplice exhibito, (uti fit in Provin-
ciali & suprema Curia) ad solam petitionem acto-
ris vocationem exequantur; id tamen faciunt
quasi ex tacito & generali Magistratus mandato.
*Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. cap. 5. Merul. d. sect. 1.
tit. 4. cap. 12. Christ. vol. 2. decis. 254. Perez C. de
in jus voc. n. 3.* Enimverò venia in prima instantia
semel impetrata, eam repetere in secunda non
est necesse. Interpretes hanc edicti partem etiam
ad alias personas extendunt. 1. Ad parentes spi-
rituales, quos vocant, id est, eos, qui agere volen-
tem de sacro fonte Baptismatis levaverunt. *Alex.
Castr. & alii in leg. generaliter 13. de in jus voc.
Schneid. post Angel. Ias. hic nu. 42. Christin. vol. 2.
dec. 90. n. 7.* 2. Ad socerum, socrum, vitricũ, novet-
cam, qui jure nostro parentum loco sunt genero
nurui, privigno, privignæ *DD. comm. in d. l. genera-
liter*. Fulgosus tamen, & post eum *Alex. d. loc.*
de vitrico & noverca dissentiunt; & D. Merula *d.
sect. 1. tit. 4. cap. 12.* tradit: More nostri fori vitri-
cum & novercam posse sine venia in ius vocari.
Videndum an non probanda sit distinctio Jasonis
hic num. 75. inter affinitatem durantem & dissolu-
tam, cum D. Diod. Tuldeno *comm. ad tit. de pæn.
tem. litig. infrà cap. 5.* 3. Ad præceptorem, quia &
hic discipulo suo parentis loco sit, *Menoch. 2. arb.
jud. qu. ult. Alciat. in l. 1. Cod. de in jus voc. nu. 8.*
Verùm alii hoc improbant, *Duar. cap. 4. de in jus
voc. Ias. hic nu. 78. Alex. in d. l. generaliter*. Pleri-
que tamen horum distinguunt inter citationem
verbalem & realem: ut in illa veniæ impetratione
non sit opus, in hac contra. Sed hoc admisso, præ-
ceptorem verbaliter sine venia citari posse; fa-
tendum est, edictum secundùm verum ejus sen-
sum, de quo suprà, ad præceptorem non pertine-
re. Quòd si secundùm mores hodiernos de reali
citatione disputemus, quæ in causis civilibus ra-
rissimè locum habet, & non nisi ad commissio-
nem judicis fieri potest; tantò minùs hodie ista
distinctione utemur. Considerandum verò, an
inter ipsos præceptores non sit admittenda distin-
ctio, separandusque à qualiquali præceptore ope-
ram leviter locante is, qui simul & educator vi-
tæque & morum formator sit, qualem Veteres te-
ste Juvenale *satyr. 7. Sancti voluere parentis esse
loco.* 4. Ad universitatem & civitatem. Nam ex
communi opinione non potest civis cujusque
universitatis aut civitatis sine venia in jus vocare
universitatem aut civitatem suam: quoniam non
minùs patriæ suæ quisque, quàm parentibus de-
bet, *Grammat. cons. civ. 40. Viv. opin. 129. lib. 2.
Schneid. hic post Ang. Ias. n. 44.* Contrarium tamen
censuit aliquando Curia Mechlin. teste Christin.
vol. 2. dec. 90. n. 7. Postremò sunt, qui nec domi-
num feudi à vassallo sine permissu judicis impunè
in jus vocari posse contendunt: inter quos &
Merula noster *d. c. 12.* Sed communis opinio con-
trarium tenet; *Mynf. 4. obs. 92. Gail. de pignor. c. 15.
n. 6. D. Tras. Everh. in locis legal. à libert. ad Vasall.
in fin. Schneid. hic num. 45. Grot. manuduct ca. 42. in
calce.* Planè si dominus feudi simul sit & dominus
territorii, non poterit à vassallo sine venia vocari:
non quia vassallus, sed quia subditus, cui utique
dominum eumdemque Principem suum in jus
vocare sine petitione veniæ licere non debet; *Gail.
d. cap. 15. Rol. à Vall. cons. 18. lib. 2. Alciat. ad l. 2.* 6
*C. de in jus voc. Arnold. de Reyg. in addit. ad d. ob-
serv. Mynf. 92.*

Qui vi exemerit eum.] In eum, qui vocatum in
jus vi exemerit, cujusve dolo alius exemerit, pœ-
nale judicium à Prætore constitutum est; *l. 1. &*

poss. ne quis eum, &c. Pœna autem longè alia est, quàm superiorum: nam neque definita est, & admodum magna esse potest. Litis enim æstimationem cogitur exemptor solvere, *l. pen. eod.* ubi Jurisconsultus ait: In eum, qui vi eximit, in factum judicium dari; quo non id continetur, quod in veritate est; sed quanti ea res est ab actore æstimata, de qua controversia est. Quod additum est, ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc pœnam eum persequi. His autem verbis non significatur, actorem in litem juraturum sed eam rem æstimaturum, quam petebat: ut exemptor, etiamsi res non deberetur, tamen ejus æstimationem solvat. Hodiernis moribus vix est
4 ut huic judicio sit locus.

Et alias innumerabiles.] Τ'ἀμφὸ λιιῶς, pro *multas & varias:* veluti contra eum, per quem factum erit, quò minùs quis in jud. sistat; de dejectis vel effusis; de suspensis vel positis; contra nautas, caupones, stabularios, *sup. tit. prac.* contra calumniatores in quadruplum, §. 25. *inf. eod.* item contra mensorem, *ff. si mens. fals. mod. &c.*

TEXTUS.

De præjudicialibus actionibus.

13. *Præjudiciales actiones, in rem esse videntur: quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel servus, vel de partu agnoscendo. Ex quibus ferè una illa legitimam causam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit: cæteræ ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.*

NOTÆ.

13. *Præjudiciales actiones.*] Præjudicia sive actiones præjudiciales rectè definiuntur à Th. Formulæ sola intentione constantes, quæ condemnationem non habent. Nihil enim hìc petitur restitui; sed tantùm ut talis declaretur actor qualem se esse contendit.

Una legitimam causam.] Utpotè quæ ex lege 12. tab. descendit, *l. 2. §. 24. de orig. jur.*

Cæteræ ex ipsius Prætorio] De partu tamen agnoscendo quædam cauta sunt SCtis; *l. 1. l. 3. §. 1. de lib. agnosc.*

COMMENTARIUS.

1 *Præjudicialium actionum definitio: earum genera, & unde sic appellentur.*
2 *Cur actionibus in rem annumerentur.*
3 *De libertate inter quos agatur.*
4 *Inter quos vertatur quæstio de ingenuitate.*
5 *Actio de partu agnoscendo cui; adversùs quem; quo effectu detur.*
6 *Actio de jure familiæ inter patrem & filium.*
7 *Quid hæc differat ab illa de partu agnoscendo.*

Duobus generibus actionum constitutis, uno in rem, altero in personam, eorumque causis, quantum instituto convenire visum est, expositis; occurrit Imperator tacitæ objectioni, qua effici videtur deesse aliquid superiori divisioni, ac proinde eam vitiosam esse. Objici enim potest: actiones præjudiciales utique etiam actiones esse, uti nominantur: has autem actiones divisione ista non contineri; quippe quæ neque in personam, neque in rem esse videantur. Non esse in personam, ex eo apparere, quia non dantur adversùs eum, qui nobis obligatus est ad dandum aliquid, vel faciendum; quod est proprium actionum in personam, *l. actionum 25. de oblig. & act.* Non in rem, ex eo, quia actione in rem id agitur ut res nostra, quæ ab alio possidetur, nobis restituatur; nullam verò hujusmodi restitutionem peti aut fieri in actionibus præjudicialibus. Imperfectam igitur esse divisionem, quæ hoc genus actionum non complectatur. Hanc objectionem Justinianus tacitè hìc removet, docens, etiam actiones præjudiciales ad superiorem divisionem pertinere; & nimirum eas videri esse actiones in rem: quàm rectè, videbimus inferiùs. Præjudiciales actiones sunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu; dum aut unus alterius statum oppugnans, in eo aliquid juris sibi vendicat; aut alter adversùs alterius oppugnationem statum suum sibi defendit. Omnis autem de statu controversia aut est de libertate, aut de ingenuitate, aut de jure familiæ; unde totidem quoque actionum præjudicialium genera: unum de libertate; 1
in quo quæritur, utrùm quis liber sit, an servus: alterum de ingenuitate; in quo quæritur, utrum quis libertus sit, an ingenuus: tertium de jure familiæ; in quo quæritur, utrùm quis sit filius, an non sit: quæ genera etiam hìc proposita sunt. Dicuntur hæ actiones præjudiciales, & uno verbo præjudicia, *l. quoties 10. de probl. l. ult. si ingen. ess. dic. l. 1. §. 2. de agn. lib. l. 1. §. 2. de rei vend. l. actionis 37. de obl. & act.* ducto nomine non ex eo, quòd aliis causis præjudicium quandoque adferant, aut quia harum judicium præcedere debeat: hoc enim commune est cum aliis multis actionibus, quæ tamen non dicuntur præjudiciales, uti videre est *in l. Papinianus 8. §. pen. de inoff. testam. l. per minorem 54. de judic. l. fundum 16. l. fundi. 18. l. rei 21. de except. l. 5. in fin. de hæred. petit. l. ult. C. eod.* sed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudicii aliis rebus faciendi causa ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ita & sine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias personas, inter quas postea de eodem statu quæstio inciderit; *leg. antepen. de stat. hom.* quamvis aliàs res inter alios judicata aliis non noceat. Exempla habemus *in l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. pr. de agnosc. lib.* In his actionibus uterque & 2
actor & reus esse potest: cæterum is actoris partes sustinet, eique incumbit probatio, qui ad judicium provocavit; *l. generaliter, 12. de except. l. circa 14. de probat.*

In rem esse videntur.] Actiones præjudiciales ex

ex parte excellentiore non malè in rem esse di-
cuntur: quoniam his omnibus qui agit aliquid
suum vendicat & asserit; dominus servum suum
in servitutem, servus libertatem, patronus jus pa-
troni, libertus ingenuitatem, pater jus patris, fi-
lius jus filii. Sed non per omnia in rem sunt, ut il-
læ, quæ propriè ita dicuntur: & ideò ait, *Videntur*.
Nam ex duobus finibus, cæteris propositis, prio-
rem tantùm præseferunt, nempè ut talis declare-
tur actor, qualem se esse contendit. Nulla hìc pe-
titur restitutio, cujus condemnatio sequatur, ut
fit in actionibus in rem propriè sic dictis, *l.9.l.qui
restituere.68. de rei vend.* Quod etiam intellexit
Theophilus, cùm præjudicium dicit esse formu-
lam sola intentione constantem, quæ condemna-
tionem non habeat. Cæterum statu adversarii
sententia judicis semel constituto, actor præjudi-
cium paratum habet, quo consequatur commoda,
quæ ex statu nascuntur, tribuunturque domino,
patrono, patri, filio; quæ commoda qualia sint, sa-
tis notum est. D. Herm. Vultejus *hic & discept.
scholast.* 3. contendit præjudiciales actiones, con-
tra quàm hìc scriptum est, in personam esse, non
in rem: sed argumentis parum solidis, & quæ vel
mediocriter in jure versati facilè confutare pote-
runt: qui volet, adeat D. Bachov. *in Treutl. vol.2.
disp.26.thes.4.* ubi ex professo Vultejum refellit.

An aliquis liber.] Prima præjudicialis actio
de libertate, quæ eadem & causa liberalis & li-
berale judicium dicitur, *tit.* Pand. *& C. de lib.
caus.* De libertate agitur inter duos, quorum unus
eum, cum quo agit, servum suum esse dicit; al-
ter contra servum se esse negans, liberum se esse
contendit. In domino ultro agente actionem
agnoscas confessoriæ similem: in servo in liber-
tatem proclamante similem negatoriæ, *l. 7. §.
ult. l.10. de lib. caus.*

4 *An libertus sit.*] Secunda actio præjudicialis,
qua quæstio ingenuitatis vertitur. De ingenuita-
te agitur inter eos, quorum unus alterum liber-
tum suum esse dicit, seque ei patronum esse: alter
se ejus libertum esse negat, seque aut ingenuum
plane esse, aut ab eo, cum quo agitur, ingenuum
esse contendit. Prior jus patronatus sibi vendi-
cat actione velut confessoria; alter ingenuitatem
negativa: atque alterutro agente præjudicium
redditur, *l. circa 14. l. quoties 18. de probat. l. ult.
si ingen. esse dic.* Quæsitum est, an contra vasallos
nostri temporis, qui nolunt dominum recogno-
scere, utile hoc præjudicium detur. Negant *Io.
Fab. Zas. Schneid. hic n.20. & DD. comm.* Alio au-
tem pacto domino consuli ajunt, quippe qui feu-
dum tanquam commissum auferre potest.

De partu agnoscendo] Tertia præjudicialis, in
qua quæritur de jure familiæ, non utique quoli-
bet, sed de jure filii. Hujus generis duæ sunt spe-
cies: una, quæ hìc proponitur, de partu agno-
scendo; qua agitur inter uxorem & maritum de
partu mulieris agnoscendo pro partu legitimo,
& eo, qui sit ex marito: quod cùm quæritur, vi
ipsa hoc quæritur, an partus sit filius & in pote-
state: altera, qua agitur in patrem & filium, in
qua & ipsa idem illud quæritur & apertè, an
quis sit filius & in potestate, nec ne. De partu
agnoscendo datur mulieri soluto matrimonio,
contendenti partum legitimum esse, editumque
ex eo, qui maritus fuit, adversùs maritum par-
tus controversiam facientem, sive quòd neget
uxorem suam fuisse, sive quòd ex se prægnantem,
l. 1. §. quemadmodum 11. de agn. & alend. lib. Ita-
que in hac controversia intendit mulier, se &
uxorem puta Lucii Titii fuisse, & ex eo præ-
gnantem: petit, ut ita pronuntietur, quò & ma-
ritus partum pro suo agnoscat, & agnitum proju-
sto filio habere atque alere cogatur, *d.l. 1. §. pen.
& ult.* Competit autem hæc de partu actio, sive
post divortium partus edatur, sive constante ad-
huc matrimonio editus sit, *l.3.§.1.d.tit.* Sed etsi
edatur post mortem mariti, de agnoscendo eo
cum avo agi potest, *d.l.3.§.2.* Illud hìc sciendum 5
est, permitti mulieri intra triginta dies post di-
vortium denuntiare marito se ex illo prægnan-
tem esse, *dict. l.1.§.1.* qui si nec ipse, nec alius
ejus nomine responderit, non esse ex se prægnan-
tem, etiam sine judicio partum agnoscere, & pro
suo alere cogitur: quamquam non ideò partus illi
filius & suus hæres efficitur, *d. l. 1. §. pœna. 4. &* 6
§. antep. Quæ res facit, ut de eo judicio possit ex-
periri, non quidem cum matre, sed cum filio.
Altera ejusdem generis actio est, qua agitur inter
duos, quorum unus se patrem dicit, alter negat:
aut contra, unus se patrem negat, alter eum es-
se contendit. Pater si filium suum esse dicit, qui
se filium ejus esse neget, agit præjudicio cum
filio, ut is filius suus pronuntietur: quod præju-
dicium intelligit Ulpianus *l. 1. §. 2. de rei vend.*
Vice versa, si quis pro filio non agnoscitur, qui se
filium dicit, huic præjudicialis actio est adversùs
patrem, qua petat, ut talis pronuntietur, & pro
tali agnoscatur: quæ actio etiam matri pro filio
datur, *l.3.§.1. de agnosc. & alend. lib.* Sed & ne-
ganti aliquem filium suum esse, aliquando actio-
ne opus est, ut id ita esse declaretur; veluti cum
partus ex uxore editus est, & cùm illa denuntias-
set se esse prægnantem, maritus non negavit. Hic
enim etsi in re dubia partus pro filio habetur, &
alendus est, tamen non ideò filius efficitur & suus
hæres, quod facit sententia pro partu lata, *d.l.1.
§.ult. de agnosc. & alend. lib.* sed veritati adhuc
locus superest, & postquam verè constiterit fi-
lium non esse, cessat exinde alendi necessitas,
d.l.1.§. Iulianus 12. & §. antepen. Dubium verò
non est, quin hìc neganti actio in eam rem de-
tur: & quæ datur, ipsa itidem sit præjudicialis,
utpotè quæ omnia habeat, quæ præjudicii pro-
pria esse diximus. Et ex diverso si quis pro filio
habitus neget se filium esse, non est dubitandum,
quin similiter illi actio in eam rem danda sit, sicut
ei datur, qui se negat esse patrem, ne ea quæ sunt
filii, præstare cogatur. Ex his intelligi potest,
longè diversam esse hanc actionem à priore illa
de partu agnoscendo. Nam hìc inter patrem &
filium controversia est; illic inter uxorem & ma-
ritum. Illa de partu soli matri adversùs maritum

datur; non marito adversùs matrem. Hæc tam filio adversùs matrem, quàm patri adversùs filiū: illa datur matri solùm affirmanti partum justum esse & mariti filium, neganti non item. Hæc sic patri datur adversùs filium, ut detur & affirmanti filium suum esse eum, cum quo agitur, & contra etiam neganti: atque ex contrario, filio quoque in utramque partem datur. Denique in hac non quæritur, an quis sit filius ex causa justi partus; sed ex quavis causa, qua quis jure civili justus filius efficitur. Hoc præjudicium utiliter etiam fratribus aliisque cognatis dari, ut quis frater vel cognatus, vel de nobili familia pronuntietur, & consequenter nomen, arma & insignia familiæ ferre, feudaque & alias successiones sperare possit, cum *Bart. Spec Ias. Zas.* concludit *Schneid. hic n.* 34. Duo priora nobis incognita sunt, quia servos aut libertos non habemus.

Una legitimam causam habet] Ex præjudicialibus actionibus una illa, quæ liberalem causam continet, civilis est legitima, utpote quæ ex lege 12. tabularum haud dubiè descendit: quamvis nonnulla etiam à Prætore circa hoc judicium constituta sunt, ut patet ex inscriptionibus responsorum sub *tit. de lib. caus.* reliquæ ex jurisdictione Prætoris veniunt: quædam tamen circa actionem de partu agnoscendo cauta sunt Senatusconsultis, *l.* 1. *l.* 3. §. 1. *de agnosc. lib.*

TEXTUS.

An res sua condici possit.

14. *Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere:* Si paret, eum dare oportere. *Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dare cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Planè odio furum, quò magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur:* Si appareat eos dare oportere, *quamvis sit adversùs eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.*

NOTÆ.

14. *Nec, &c. magis ejus fieri.*] Unde quoque est, quòd nemo rem suam sibi dari utiliter stipulatur; *l.* 82. *de verb. obl.* quòd res sua legatario inutiliter legatur, §. 10. *sup. de legat.*

Quò magis pluribus actionibus] In quo cernitur odium furum. Condictio adversùs furem competit, etiamsi non possideat; §. *ult. sup. de obl. ex del.* & sufficit hìc actorem dicere se esse dominum, quamvis non probet.

COMMENTARIUS.

1 *Vix esse, ut hodie perperam agere dicatur, qui rem suam sibi dari petit.*

2 *Difficile expeditu esse, quomodò furi res condici possit; seu cum eo sic agi, ut intendamus, eum rem nostram nobis dare debere.*

3 *Condictionem furtivam etiam in commodum domini introductam: & in quo istud commodum consistat.*

Confirmata divisione actionum in rem & in personam, aliquid subjicit, quod ad vim divisionis pertinet; certè olim pertinuit, cùm adhuc formulæ in usu essent. Didicimus: actione in rem sic quemque experiri, ut dicat, rem, quæ ab alio possidetur, suam esse; actione in personam ita, ut dicat, adversarium dare aut facere oportere; §. 1. *sup. eod.* Quanquam quædam actiones personales sunt, quibus hæc formula propriè non conveniat, seu in quibus propriè nec dari nec fieri intendatur. Ex hac autem formularum oppositione infertur: non posse eum, qui rem suam ab aliquo petit, hac intentione uti, *Ajo, te mihi dare oportere*; propterea quòd verbum *Dare*, cujus aliàs latior significatio est, in hac formula significet; dominium transferre: & dari demum id intelligatur, quod ita datur, ut ejus, cui datur, fiat; quod autem alicujus est, id ampliùs ejus fieri non possit, §. *sed si rem* 10. *sup. de legat.* quò etiam pertinet, quod alibi traditur: Licèt ex pluribus causis idem nobis deberi possit; tamen ex pluribus causis idem non posse nostrum esse; *l.* 14. §. 2. *de except. res jud. l. non ut.* 59. *de reg. jur.* Sic item in stipulationibus verbum dandi strictè accipitur, *l. ubi autem* 75. §. *ult. de verb. oblig.* idemque est, quòd nemo rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *l. nemo* 82. *d. tit.* §. 2. *sup. de inut. stip.* Cæterum hodie vix est, ut perperam agere dici possit, qui rem suam sibi dari petit, postquam formulis sublatis visum est sufficere actionem, modò aptam rei, & negotio congruentem, verbis quibusvis commodis, & id, quod intenditur, utcumque exprimentibus concipere, *l. un. C. de form. & imp. subl.* maximè cùm apud omnes Auctores Latinos dare etiam pro restituere & tradere usurpetur. Et benè observavit D. Hotom. id quod hìc Justinianus tradit: Ita in actione in rem formulam judicii concipi non posse, *Si paret, Lucium Titium dare oportere*, ad illorum temporum rationem referendum esse, quo formulæ adhuc in usu fuerunt, utpote descriptum ex commentariis veteris alicujus Jurisconsulti; *add. præsid. Everhard. cons.* 47. *nu.* 6. *Greg. Tholosan.* 43. *syntagm. cap.* 2. *D. Tulden. C. de form. & impet. num.* 2. *Christin. vol.* 2. *decis.* 145. *Marul. lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. ubi tradit: Libellos sive conclusiones nunc formari secundùm morem & stylum cujusque Curiæ aut fori, ubi lis est: secus conceptas ab auditoribus explodi, & à judice rejici solere. Formulæ conclusionum apud nos usitatæ in manibus omnium versantur, bonamque earum partem congessit

sit D. *Merula d. tit. cap.* 2. Plures Auctor libri, cui titulus, *Het niew verbetert de ende vermeerderde Papegaen.*

Planè odio furum] Exceptio superioris regulæ. Una in causa receptum est contra superiorem definitionem, ut quis rem suam ab aliquo petens hac formula judicii experiri possit; *Si paret, eum dare oportere*; nempe in re furtiva adversùs furem; *l.* 1. *& passim de cond. furt.* Ulp. *l. ult. in fin. usufr. qu. cav.* breviter regulam cum exceptione sic expressit: *Nemo rem suam nisi furi condicere potest.* Cur hoc in causa furtiva contra regulam receptum sit, docet hic Justinianus: nimirum propter odium furum, ut pluribus actionibus teneantur. Illud autem vix est, ut expediri queat: Quomodò furi res condici potest, id est, sic cum fure agi, ut intendamus, eum, quod nostrum est, dare nobis oportere? Utique eo sensu, quo verbum dare in formula proposita accipitur, nempe pro dominium transferre: fieri enim non magis hic potest, ut quod meum est, mihi detur, & ampliùs meum fiat, aut ut dare vel dominium transferre possit, qui dominium non habet, quàm si res condicatur alii & ex alia causa. Quomodò igitur fur, qui dominus non est, domino, cui soli condictionem furtivam competere constat, *leg.* 1. *de cond. furt.* rem dare poterit? Quòd si hoc impossibile est, uti profectò est;
2 absurdissimum videtur, quod hic traditur, furem sic conveniri posse, ut dare jubeatur, & dominium rei, quod non habet, transferre in actorem, eumdemque rei petitæ dominum. Nodus hic indissolubilis est, nisi dicamus; in cæteris condictionibus verbum dandi propriè & strictè acceptum, eoque intellectam tantùm dominii translationem; in condictione autem furtiva idem verbum laxiùs & impropriè sumptum, ut eo vel ipsa significaretur rei restitutio: quod & gloss. hic innuit; & facit *l. scire*, 19. §. 1. *de verb. obl.* Cæteroquin non video, quæ ratio dari possit, cur ex causa furtiva placeat eum rectè agere, qui rem suam sibi dari intendit; ex cæteris autem causis ita perperam agi. Planè furi non tantùm ex causa furtiva, sed & ex aliis quoque causis res condici potest: quod Interpretes vulgò sic exprimunt, ut dicant, Condictiones omnes contra furem degenerare; *fac. l. ult. in fin. usufr. qu. cav. l. si urbana*, 55. *in fin. de cond. indeb. junct. l.* 15. §. 1. *eod. l. si procuratori*, 14. *in fin. de cond. caus. dat. l.* 6. §. *pen. l. rerum* 25. *de act. rer. amot. Gomes. hic n.* 28. *post Accurs. Io. Fab. Angel. Ias.* In eadem causa cum furibus sunt & raptores cæterique violenti possessores: nam & ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, fundus condici à domino potest, *l.* 1. *in fin. cum l. seq. de cond. tric. &* 16. *Donell.*

Quò magis pluribus actionibus] In hoc cernitur odium furum. Nam ut actori commodum est plures habere actiones, ita incommodum reo pluribus actionibus conveniri posse, maximè si quarumdam vi & potestate fortiùs & efficaciùs teneatur. Itaque etsi adversùs furem præter actionem furti pœnalem esset & in rem actio, per quam dominus rem sibi surreptam à possidente vendicare poterat intendendo rem suam esse; placuit tamen, adhuc aliam eamque commodiorem ac pleniorem adversùs furem ejusque hæredem domino dari, qua quidem & ipse rem persequeretur, sed eam condicendo, id est, intendendo eam sibi dari oportere; quæ actio Veteribus dicta est condictio furtiva; §. *ult. sup. de oblig. quæ ex d. l. l.* 1. *& tot. tit. de cond. furt.* Commodum condictionis duplex. Primum in eo, quòd etsi tam condictio hæc quàm rei vendicatio soli domino datur; tamen hoc interest, quòd in vendicatione is, qui agit, probare debet se dominum esse; in condictione satis est, si se dominum esse dicat. Neque enim furi permittendum, ut referat quæstionem dominii. Sed & absurdum esset, ab eo, qui intendit, rem sibi dari oportere (quod facit, qui condictione experitur) probationem dominii exigere. Quod autem soli domino condictio dari dicitur; id non aliò pertinet, quàm ut excludantur ii, quibus furti actio competit ob hoc solùm, quòd eorum interest, furtum factum non esse: in quo numero sunt commodatarius, conductor, creditor pignoratitius; §. *furti* 13. *cum seq. sup. de obl. quæ ex del.* Alterum positum in eo, quòd rei vendicatio non nisi adversùs possessorem eumve, qui dolo malo possidere desiit, detur: condictio autem furtiva adversum furem competat, etiamsi non possideat, nec dolo desierit possidere; §. *ult. sup. d. tit.* quamvis enim furtum sine dolo non committitur, potest tamen possessio rei furtivæ sine dolo, imò & sine culpa furis amitti. Hinc porrò est, quòd condictio etiam re perempta locum habeat, nec rei interitu fur liberetur; *l.* 8. *l. ult. de cond. furt. l.* 2. *C. eod. & ibi post Bart. Baldum, Salicetum, Don. num.* 19. *Tulden. ad d. tit. C. num.* 5. *Christ. vol.* 3. *decis.* 12. *num.* 2. Nimirum ut ajunt Jurisconsulti *in d. l.* 8. §. 1. *& d. l. ult. de cond. furt.* fur perpetuò moram facere intelligitur: moræ autem hæc vis est, ut obligationem perpetuet, id est, efficiat, ut debitor perinde perpetuò teneatur, atque si res adhuc extaret; *l.* 5. *de reb. cred. l. si servum* 91. §. *sequitur*, 3. *de verb. oblig.* Idem verò effectus moræ non est adversùs possessorem: sed qui rem sine dolo possidere desiit, ut maximè ei possit objici culpa, quòd monitus aliquando rem non restituerit vindicatione non tenetur; *leg. qui petitorio* 36. *de rei vend.* Planè mora judicialis etiam in vindicatione possessori nocet: puta si res possessa post litem contestatam periit; sed ita si petitor rem acceptam distracturus fuerat, *leg. item si* 15. §. *ult. d. tit.* alioqui placet etiam eum, qui post litem contestatam possessionem sine dolo aut culpa amisit, absolvendum esse, *l. sin autem* 27. §. 1. *eod.* 3
Vide quæ nos *supr. ad* §. 2. *hujus tit.* Porrò ex prædictis apparet, condictionem furtivam non magis in odium furis, quàm in favorem domini introductam esse.

TEXTUS.

De nominibus actionum.

15. *Appellamus autem in rem quidem actiones, vendicationes: in personam verò actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones. Condicere enim est denuntiare, prisca lingua. Nunc verò abusivè dicimus, condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc in tempore eo nomine denuntiatio fit.*

NOTÆ.

15. *Condictiones*] Quædam tamen actiones in personam hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. 36. hoc tit.* ut condictio certi indebiti, sine causa, ob causam dati, triticiaria, ex lege, &c.

Condicere est denuntiare] Donat. *ad Phorm. act. 1. scen. 2.* Festus: *Condictio in diem certum est ejus rei, quæ agitur, denuntiatio.* Significat autem denuntiationem mutuam, seu utriusque litigantium: condicere enim est simul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur.

COMMENTARIUS.

1 *Vendicare quid, lis vindiciarum, vindiciæ, & alia.*

2 *Quid Veteribus sit condicere, & cur inde actio in personam dicta condictio.*

3 *Pro veteri condictione quid posteà institutum, & quid hodie.*

HActenus, in superiore divisione actionum in rem & in personam de re ipsa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus ipsorum generum: ut si quando nomina in libris juris occurrerent, ut passim; sciamus quæ species ex superioribus significentur, ad quas deinde jus de singulis ante traditū accommodemus. *Appellamus*, inquit, *in rem actiones vendicationes, in personam verò condictiones.* Eadem sententia Ulpianus *in l. actionum 25. de obl. & act.* *Actionum*, inquit, *duo genera sunt, in rem, quæ dicitur vendicatio, & in personam, quæ condictio appellatur.* Pertinet verò hoc ex æquo ad omnes utriusque generis species. Neque enim solùm actio, qua rem dominii nostris petimus, vindicatio dicitur: sed etiam illæ, quibus cætera in rem jura, veluti usumfructum, servitutes, pignora, persequimur, *l. 1. & passim si ususfr. pet. & tit. si serv. vend. l. ult. de pign. act. leg. si fundus 16. §. in vendicatione de pign.* Et contra omnis in personam actio condictio dicitur: quamquam nonnullæ hujus generis hoc nomen sibi velut proprium fecerunt; *l. cessat. 36. de obl. & act.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, ex lege, &c.

Vendicationes] De origine hujus nominis non constat. Probabile quidem multis videtur, quod Hotoman. existimat, *vindico* verbum esse compositum à vim & dico: quemadmodum *judico*, auctore Varrone *lib. 4. de ling. lat.* concretum ex jus & dico: nam olim in vendicationibus manus conseri & vim quamdam adhiberi solitam, quam Cicero *in orat. pro Cæcin.* quotidianam, A. Gell. *lib. 20. noct. 10.* festucariam appellat, quia festuca fieri solebat. Cæterum non sine causa de eo ambigitur propter vindictæ verbum, quo etiam ultio significatur: & maximè quia non vim dicere, sed vim facere dicimur. Sed non est, quòd de ratione nominis laboremus, cùm de significatione constet. Vendicare enim rem aliquam nihil aliud est, quàm aliquid sibi asserere, & suum esse dicere; sive id dominium sit, aut aliud jus; sive possessio, quam in re habemus, & nobis defendimus. Et cùm olim mutuæ essent vendicationes, *vid. sup. §. 1. sub fin.* necessariò eveniebat, ut in omni controversia proprietatis simul ipsa quoque possessio dubia & controversa efficeretur; ac proinde priusquam judicium perageretur, & principalis quæstio de proprietate terminaretur, sententia ferenda esset super possessione. Quæ controversia dicebatur lis *vindiciarum*, & uno verbo *vindiciæ* à vindicando, & numero quoque singulari *vindicia*, auctore Servio Sulpitio apud Fest. in voce, *vindiciæ*, ubi Festus ait: Servium dixisse, *vindiciam esse, cum de aliqua re controversia est, ab eo, quod vindicatur.* Fiebant autem vindiciæ correptione manus, & quidem ex duodecim tabulis in re atque loco præsenti apud Prætorem: posteà autem in agrorum controversiis in gleba ex agro, de quo litigabatur, in jus allata; in qua Gellius *20. noct. 10.* scribit litigantes tamquam in toto agro vendicare solitos fuisse. Hinc verò apparet, litem vindiciarum non pertinuisse tantummodò ad quæstionem de momentanea possessione, quam nunc vulgò recredentiam vocant; licèt id pro certo tradunt DD. Budæus & Hotomannus: sed eo verbo Veteres significasse controversiam de toto negotio, seu de possessione simul & proprietate. Quod etiam evidenter ostendit locus Asconii *in orat. 3. Verrin.* quem ideò adscripsi. *Lis vindiciarum est*, inquit ibi Asconius, *cum litigatur de ea re apud Prætorem, cujus incertum est quis debeat esse possessor. Et ideò qui eam tenet, satisdat pro præda litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua jurgium est. Rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certæ pecuniæ aut æstimationis, quam amittat, nisi sua sit hæreditas, de qua contendis.* Putaverunt, verbo vindiciæ significari ipsam possessionem. Quod ego, uti à verbi proprietate nimis alienum est, ita falsum esse arbitror. Neque illa, quæ apud Livium & alios legimus, *Postulare vindicias, Dare vindicias*, hoc probant. Nam postulare vindicias ille dicitur, qui petit, ut secundùm se vindiciæ dicantur; dare, qui in lite vindiciarum secundùm aut contra aliquem pronuntiat: quemadmodum litem dare secundùm aut contra aliquem dicimus, pro secundùm aut contra aliquem judicare. Denique dicere possessionem non dicitur, sed

sed benè dicere vindicias, locutione scilicet figurata, pro dicere sententiam in lite vindiciarum. Sanè Veteres etiam res ipsas, de quibus controversia erat,& glebas quoque,quæ ex agro sumptæ in jus afferebantur, nonnunquam vindicias appellant, sed per metonymiam subjecti. Nam in re controversa fiebant vindiciæ, & in glebis tamquam in agro vendicabatur, ut ex Gellio jam audivimus: qui hoc ipso simul nos docet, quid propriè sit vendicare,nimirum rem aliquam sibi asserere, & suam esse dicere. Hodie constat, vendicationes dici actiones in rem de proprietate omnique jure, quod quis in re habet: de quibus jam anteà explicatum est.

2 *Condicere est denuntiare*] Quod Justinianus hic ait: Condicere priscâ linguâ esse denuntiare; id etiam Festus in ea voce notat: *Condicere*, inquit, *est dicendo denuntiare: & condictio est ejus rei, quæ agitur, denuntiatio*. Donat. in illud *Phorm. act.1. scen.2. & sibi scribam dicam*; *Denuntiatione*, inquit, *in personam: ne diceret, non mihi denuntiasti*. Theophilus tradit: Priscis temporibus moris fuisse, ut is, qui cum aliquo litem habebat, adversario suo denuntiaret, ut hoc vel illo die ad judicium accipiendum & litem persequendam adesset. Sed ex his nondum intelligitur, quid Veteribus sit condicere, multòque minùs quam rationem habeat, quòd inde actio in personam dicta sit condictio. Itaque sciendum est, verbo Condicere non significari unius actoris denuntiationem, sed denuntiationem mutuam & utriusque litigantium. Nam condicere valet simul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur, ut Festus quoque hoc verbum interpretatur: & hinc idem verbum translatum etiam ad alia, quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & loci inter aliquos dicuntur, statuunturque ut fiant: ut condicere cœnam, pro denuntiare alicui ut adsit: & vice versa denuntiare & promittere te adfuturum. Cic. ad Lentul. *Crassus, cùm mihi condixisset cœnam, cœnavit apud me in mei generi Crassipedis hortis*. Sveton. in Tib. *Sexto Claudio libidinoso ac prodigo seni cœnam ea lege condixit, ne quid ex consuetudine immutaret aut demeret*. Ita autem moris olim fuit, ut qui litem vellet intendere, is adversario suo denuntiaret, ut in jus veniret: qui aut ire, aut sponsorem dare compellebatur, fore, ut constituto die se judicio sisteret: quæ res vadatio dicebatur,& ante litem contestatam fiebat. Constituto deinde à prætore judicio, diem committendi judicii simul dicebant, id est, communi consensu constituebant invicem denuntiando: actor denuntiando reo, quo die vellet eum in judicium venire: reus denuntiando actori se eo die affuturum: idque uno verbo dicebant diem condicere, & hinc condictio mutua illa denuntiatio. Quia verò ad hanc rem ferè tertium sive perendinum diem sumere solebant, inde natum nomen comperendinationis. Nemo hoc planiùs exponit Asconio, qui *Verrina 3.* sic scribit: *Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. Nam cùm in rem aliquam agerent litigatores, & pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post tertium diem: quo dato, deinde inter se in perendinum diem, ut ad judicium venirent, renuntiabant*. At enim cùm hæc sive condictio, sive denuntiatio, sive comperendinatio omnibus in judiciis fieri soleret, sive in rem, sive in personam ageretur, quæ causa est, quòd sola actio in personam nomine condictionis designata sit. Credibile omnino est, cùm ex duabus istis actionum speciebus una certum & proprium nomen invenisset, alteram, quia proprio carebat, nomine generis appellatam more loquendi communi, & juris Auctoribus maximè usitato. Itaque cùm actio in rem speciale & proprium haberet nomen vindiciatum sive vindicationis, actioni in personam nomen utriusque judicii commune relictum fuisse. Prolixiùs hæc exequitur D. Hotomannus.

Nunc verò abusivè dicimus condictionem] Rectè *abusivè*; quia non est in re, quod verbo significatur. Abusus autem hac ratione defenditur, quòd primò actio in personam ejusmodi condictionem habuit, à quo proficiscerentur. Re sublata, mansit nomen, quod initio actioni fuerat, quemadmodum & in aliis plerisque rebus priscis adhuc appellationibus utimur, quàtumvis usu rei exoleto.

Nulla hoc tempore denuntiatio] Justiniani ætate vetus illa condictio & solemnis illa ad judicium denuntiatio obsoleverat. Sustulere eam Impp. Arcadius, Honorius & Theodosius; quorum constitutio extat in *l. si quis 6. Theod. de denunt. vel edict. rescript.* Novella autem Justiniani lege certum tempus hanc in rem constitutum: oblato enim libello citatorio, viginti dierum inducias reo indulgeri voluit, ut secum interim deliberet, cedere, an contendere malit, *auth. offeratur C. de lit. contest.* Nos hoc jure nunc utimur, ut executor vocato diem dicat, & moderatum tempus ad deliberandum concedat, prout res, persona vocati, locus, cæteraeque circumstantiæ desiderare videntur. *D. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. c. 14. Gail. 1. obs. 74. num. 16. & seqq. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. c. 5.*

TEXTUS.

Divisio secunda.

16. *Sequens illa divisio est: quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt; quædam pœnæ persequendæ; quædam mixtæ sunt.*

NOTÆ.

16. *Quædam rei persequendæ, quædam pœnæ*] Rei nomine hìc intelligitur quicquid est extra pœnam legitimam; pœnæ nomine ea dumtaxat, quæ certo jure constituta est, *l. 36. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid hìc vocetur rei persecutio, quid pœna: & usus hujus divisionis.*

Pro-

PRoponitur hic alia actionum divisio sumpta ab objecto, quippe quæ docet, quid quaque actione petatur. Divisio hæc est: quòd quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ, quædam tam pœnæ quàm rei, & ob id mixtæ. Quæ horum alterutrum aut utrumque contineant, sequentibus aliquot §§. exponit Justinian. Illud non exponit, quid hic vocetur rei persecutio, quid pœna: cujus tamen explicatio ad illustrandam divisionem vel maximè facit. Sed quod hic omissum est, docebit nos definitio rei persecutoriarum à Paulo tradita *l. in honorariis 36. de obl. & act.* Illic enim sic Jurisconsultus scribit: *Illa* [actiones] *rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest*. Opponit Jurisconsultus persecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abest, persecutioni pœnæ. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones pœnæ persecutionem habere, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest. Ex patrimonio nobis abesse dicuntur hæc quatuor, quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur, quod esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est, quod nobis debetur ex contractu, quodque ejus, quod nobis abest, æstimationem continet: qualis est æstimatio, quæ fit ex jurejurando in litem, *l. 1. l. 8. de in lit. jur.* item pœna conventione promissa, quæ & ipsa caveri solet loco ejus, quod interest; *§. ult. de verb. obl. l. ult. de præs. stip.* Quare quæcumque sunt actiones, quibus horum aliquid persequimur, eas dicemus esse rei persecutorias: quod ipsum etiam species subjectæ declarant. Et rursus ex contrario, quæ alicujus rei ex superioribus persecutionem non habeant, eas dicemus esse pœnales. In summa: rei nomine hoc loco continetur, quicquid est extra pœnam legitimam: pœnæ nomine ea dumtaxat, quæ jure certo constituta est. Hinc jam non difficile erit judicare, quæ sint actiones alterutrius generis, aut mixtæ. Usus divisionis propositæ præcipuus & hujus loci proprius est, ut intelligamus, quid quaque actione peti oporteat. Est verò & secundarius, ut dignoscatur, quæ actiones sint perpetuæ, quæ temporales, quæ in hæredes dentur, quæ non dentur: de quo infra *sub tit. de perp. & temp. act.*

TEXTUS.

De rei persecutoriis.

17. *Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum verò actionum, quæ in personam sunt; eæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, ferè omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur; veluti quibus mutuam pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locato, conducto. Planè si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit; in duplum actionem Prætor reddit, si modò cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum hærede ejus de dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio.*

NOTÆ.

17. *Quæ ex contractu nascuntur*] Illæ omnes rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, *d. l. 35. hoc tit.* Ex patrimonio nobis abesse dicitur. 1. Quod est in patrimonio, sed ab alio tenetur. 2. Quod esse desiit, sed ex obligatione restituendum. 3. Quod nobis debetur ex contractu. 4. Quod ejus, quod nobis abest, æstimationem continet: quò etiam refero pœnam conventione promissam; *§. ult. sup. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1. *Actiones in rem omnes rei persecutoriæ.*
2. *An personalium ex contractu aliæ mixtæ, quàm illa ex deposito miserabili.*
3. *Cur hæc excepta: & cur in hæredem tantùm ex proprio dolo detur.*

OMnes in rem) Actiones in rem omnes comparatæ sunt rei persequendæ gratia; quippe quibus omnibus sine exceptione persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, videlicet rem nostram aut ad jus nostrum pertinentem, quæ ab alio tenetur. Non obstat, quòd in his actionibus ob contumaciam non restituentis in litem jurari solet, *l. qui restituere 68. de rei vend. leg. 5. de in lit. jur.* & quòd hoc jurejurando contumacia punitur, cùm actori permittatur rem æstimare etiam ultra rei pretium, *l. 1. leg. 6. d. tit.* Nam hæc ipsa pœna nihil aliud est quàm æstimatio ejus, quod actori abest; non illa quidem, qua res omnibus vulgò tanti sit: sed tamen quam actor dicit rei suæ, quem æquum non est cogi suo pretio rem suam æstimare, *d. l. 8. de in lit. jur. l. 9. de act. rer. amot.* Atque ut hæc æstimatio reo pœna sit, tamen ea non petitur actione, sed officio judicis, quod actioni subservit, ex accidenti imponitur: actor autem nihil ampliùs quàm rem suam petit, & illa quoque ipsa æstimatio actori est rei suæ persecutio, utpote qui ultra id quod ei abest, nihil consequitur, sed tantùm pretium, quo rem suam æstimat; quod sanè æquissimum est, arbitrio domini definiti, *d. l. 8. de in lit. jur.* Ita fermè & DD. vulgò.

Quæ ex contractu ferè omnes rei persequendæ]. Actiones quoque in personam, quæ ex contractu nascuntur, rei persecutoriæ sunt: quoniam & his nihil aliud persequimur, quàm quod nobis abest. Particulam autem *Ferè* addidit propter actionem depositi miserabilis, quam & ipse mox excipit, & mixtam esse dicit. Fortassis & propter actionem legati pii, quæ etiam quandoque mixta

est, licèt ex quasi contractu veniat, §. *vi autem* 19. *inf. eod.* Excipiunt nonnulli & actionem redhibitoriam, quæ dicitur interdum in duplum condemnationem habere, *leg. redhibitoria* 45. *de ædil. edict.* Sed perperam, meo judicio: nam duplum ea actione non tam ut pœna petitur, quàm quòd in venditione mancipiorum & animalium duplum à venditore repromitti solet, *fac. l. cum autem* 23. §. *si servus* 4. *d. titul.* Sic actio, qua dupla petitur nomine evictionis, non pœnæ, sed rei persequendæ causa instituitur: quia ex stipulatione duplæ competit, *leg.* 2. *& pass. de evict. leg. quod si nolit.* 31. §. *quia assidua* 20. *de ædil. edict.*

Tumultus, incendii, &c.) In eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatus erit, ejusve hæredem fraudulentum, actio in duplum à Prætore redditur, *l.* 1. §. 1. *depos.* Meritò has causas deponendi à cæteris segregavit Prætor: primùm quoniam in aliis casibus spatium deliberandi datur, cui res committenda sit; in his autem trepidatio nullum tempus ad deliberandum concedit: deinde quia aliis in casibus perfidia nihil eximium habet præter cæteras; hæc verò singularis est, & majore odio digna, quòd ubi misericordia opus est, crudelitas adhibetur, & calamitas calamitati imponitur, *d. leg.* 1. §. 2. *& seqq. depos. leg.* 1. *& passim. de incend. ruin. naufrag.* Diximus autem: In eum, qui inficiatus erit, quoniam hæc in duplum actio non nisi adversùs inficiantem & fallentem fidem datur: nam in confitentem tantùm in simplum actio est, *d. leg.* 1. §. *hæc autem* 4. *depos.* §. *sed furti* 28. *inf. hoc titul.*

Aut cum hærede ejus de dolo ipsius) De dolo ipsius, hæredis scilicet. Hac enim adjectione Justinianus significare voluit, actionem depositi miserabilis tum demum in hæredem in duplum dari, cùm ille ex dolo & inficiatione propria convenitur, non etiam si cum eo agatur ob dolum defuncti: nam tunc in hæredem in simplum dumtaxat hoc judicium datur, *d. leg.* 1. §. 1. *l.* 18. *depos.* Non obstat, quod passim traditur: Actiones ex contractibus venientes in hæredes in solidum dari, licèt ob dolum eorum, quibus successerunt, conveniantur, *leg.* 12. *leg. ex contractibus* 49. *de obl. & act. leg. ad ea.* 157. §. *ult. de reg. jur. cum simil.* Nam illa definitio ad actiones pœnales non pertinet, sed ad eas tantùm, quæ sunt rei persecutoriæ; & aliud est dari in solidum, aliud dari in duplum.

TEXTUS.

De pœnæ persecutoriis.

18. *Ex maleficiis verò prodita actiones, aliæ tantùm pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt: aliæ tam pœnæ quàm rei persequendæ; & ob id mixtæ sunt. Pœnam tantùm persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur, quadrupli: sive non manifesti, dupli, de sola pœna agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suum esse petens; sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eò ampliùs adversùs furem etiam condictio est rei.*

De mixtis, hoc est rei & pœnæ persecutoriis.

19. *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur: pœna autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuria dato mixta est: non solùm si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum & si simplum quisque agat: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit; tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundùm jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos, qui relicta in sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine, dare distulerint, usque adeò ut etiam in judicium vocarentur. Tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur; & aliud tantum pro pœna, & ideò in duplum ejus fit condemnatio.*

NOTÆ.

18. *Aliæ tantùm pœnæ persequendæ*] Paul. 35. *hoc tit.* persecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abest, opponit persecutioni pœnæ. Itaque illæ actiones pœnæ persecutionem habent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest; uno verbo, quibus persequimur pœnam legitimam.

Si adversùs inficiantem) Actio damni injuria ex lege Aquilia inficiatione crescit in duplum; §. *ultim. sup. de obl. quæ quas. cont.*

COMMENTARIUS.

1 *Pro merè pœnalibus esse & certæ quantitatis pœnæ persecutorias.*
2 *Quæ, quibus exceptis, mixtæ.*
3 *Pro pœnalibus quæ habeantur, cùm à parte actoris pœnales non sint.*

EX maleficiis actiones quæ sunt, omnes persecutionem pœnæ habent: sed quædam ex his pœnæ solius, pleræque autem pœnæ simul & rei: quæ proinde mixtæ sunt. Duæ tantùm excipiendæ, condictio furtiva, & actio rerum amotarum, quæ solius rei persecutionem continent; *l.* 7. §. 1. *&* 2. *de cond. furt. l. si mulier* 21. §. *pen. de act. rer. am.*

Pœnam

Pœnam tantùm actione furti] Actio furti sive manifesti sive nec manifesti solam pœnam persequitur; *§. ult. sup. de obl. quæ ex del. d. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Ejusdem generis est & actio injuriarum, quippe qua nihil, quod nobis abest, persequimur, sed tantùm vindictam criminis, *l. 7. §. 1. de injur.* Pro purè pœnalibus habendæ etiam sunt, actio de albo corrupto, *l. 7. de jurisd. §. pœnalis 12. sup. hoc tit.* actio de parente aut patrono sinè venia in jus vocato, *d. § 12. l. pen. & ult. de in jus voc.* item actio de suspenso & posito, *§. 1. tit. præc. l. 5. §. prætor 6. de his dejec.* denique omnes illæ, quibus non persequimur duplum, triplum, aut quadruplum, sed certam pœnæ summam delicto simpliciter impositam, sine consideratione alterius rei, veluti 50. aureos.

Ipsam rem propria actione persequitur quis] Eam vel vendicando à quocumque possessore, vel condicendo furi ejusve hæredi; *§. ult. sup. de obl. quæ ex del.* ubi hoc latiùs explicatum est.

Vi bonorum raptorum actio mista] In actione vi bonorum raptorum, quadruplum non est totum pœna, ut in actione furti manifesti: sed in quadruplo continetur & rei persecutio, ut pœna tantùm sit tripli, *sup. vi bon. rap. in pr.* ac proinde mixta est hæc actio.

Legis Aquiliæ actio.] Actio quoque legis Aquiliæ de damno injuria dato mixtam causam obtinet, seu partim rem, partim pœnam persequitur: sive adversùs confitentem agatur in simplum, quo casu res æstimatur quanti plurimi eo anno aut diebus 30. proximis fuerit; *§ his autem 9. & 14. sup. de l. Aquil.* sive adversùs inficiantem; quo casu lis crescit & in duplum actio redditur, *l. inde Neratius 23. §. pen. ad leg. Aq. §. ult. sup. de obliquæ qu. ex contr.* Sed & cæteræ quoque actiones ex maleficiis præter furti & injuriarum, certæque quantitatis pœnæ persecutorias, quæ merè pœnales sunt, & conditionem furtivam rerumque amotarum actionem, quæ sunt rei persecutoriæ, omnes sunt mixtæ, id est, rei simul & pœnæ persequendæ causa comparatæ. Veluti actio servi corrupti, *l. 14. §. in hac actione 5. de serv. corrupt.* quod metus causa, *l. item si 14. §. sed & si 9. & 2. seqq. quod met. caus.* de calumnia, *l. 5. §. 1. de calum.* tripli & quadrupli ob majores sportulas exactas, *§. 24. & seq. inf.* &c. denique & illæ, quæ quasi ex maleficio nascuntur, similiter mixtæ ferè sunt, ut intelligi potest ex his, quæ de hoc genere tradita sunt *sup. de obl. quæ qu. ex del.* Illud sciendum est, quasdam esse actiones, quæ pro pœnalibus habeantur, & ideò in hæredes non dentur, licèt à parte actoris pœnales non sint. Nam quoties actio factum punit, & in dolum tantùm concepta est, pœnalis habetur, eoque nec adversùs hæredes datur, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid absit, atque ita rei persecutionem contineat, *leg. 9. §. 1. quod fals. tut.* de quo diligentiùs disserimus *inf. de perp. & temp. action. §. 1.*

Relicta sacrosanctis Ecclesiis.] Ex quasi contractu actiones omnes rei persecutionem habent, utpote quarum nulla ultra id quod abest, persequimur, ut licet intelligere ex generibus harum actionum, quæ exponuntur *sup. de obl. quæ qu. ex contr.* Una actio ex hoc genere hìc excipitur, nempe actio ejus legati & fideicommissi nomine, quod relictum est Ecclesiæ aut aliis venerabilibus locis, puta nosocomiis, xenodochiis, orphanotrophiis, &c. *tit. C. de Episc. & Cler.* Hæc actio duobus casibus mixta est, & constituta in duplum si reus inficiatur, erit: si tamdiu solvere distulerit, dum in jus vocaretur; *§. sed furti 26. infr.* Scholiastes Theoph. *οὐ μόνον ἐξ ἀρνήσεως, ἀλλὰ καὶ ἐξ ὑπερθέσεως, ἡ διπλῶσις εἰσάγεται. τοῦτο εὕρηται βιβ. α. τοῦ κωδ. τ. γ. διατ. μς.* hoc est, *l. 45. C. de Episc. & Cler.* in editione Gothofr. & Pacii est *lege 46.*

TEXTUS.

De mixtis, idest, tam in rem quàm in personam.

20. *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem quàm in personam: qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate. Item communi dividundo; quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum actio, quæ inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare: & si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

NOTÆ.

20. *Quæ competit cohæredibus.*] Tres hæ actiones, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, ex lege 12. tabularum descendunt, *leg. 1. fam. erc. leg. ult. fin. reg.* quæ ideò constitutæ, ut communio, cujus materia discordias excitare solet, *leg. 77. §. 20. de l. 2.* tollatur, Pac.

Qui confines agros habent.] Ut fines regantur. Regi fines dicuntur, quoties unusquisque ager propriis finibus terminatur.

In quibus tribus judiciis.] Quem judicem in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur pleniùs *inf. §. 4. & 2. seqq. de off. jud.*

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu & quam ob causam actiones hìc propositæ dicantur mixtæ.*

2 *Iudicium fam. ercis. inter quos reddatur, & quid contingat.*

3 *Inter quos, quæ de re agatur communi dividundo.*

4 *Inter*

1 *Inter quos finium regundorum, & cujus rei gratia.*

PEr occasionem, quòd proximè dixerat de actionibus mixtis, subjicit tres alias actiones, quas & ipsas mixtas videri ait; videlicet, familiæ erciscundæ; communi dividundo; finium regundorum: sed quæ longè diversi sunt generis, longèque aliam ob causam mixtæ dicuntur, quàm dicuntur illæ, quæ tertium membrum superioris divisionis constituunt: non enim ideò has actiones mixtam causam habere dixi, quòd, ut superiores illæ, conjunctim rei & pœnæ persecutionem contineant; cùm omnes rei tantùm persequendæ gratia comparatæ sint: sed quia partim in rem esse videntur, partim in personam. Ex quo simul illud intelligimus: hæc eadem judicia alio quoque sensu hic mixta vocari, quàm quo mixta appellantur in *leg. actionis* 37. §. 1. *de obl. & act.* & alibi duplicia, *l.2. §.1. comm.div.* nimitum, quòd in iis uterque ex litigatoribus duplicem personam sustinet, actoris videlicet & rei; *l. in tribus* 13. *de jud. l. judicium* 10. *fin. reg. l. inter cohæredes* 44. §. *qui familiæ* 4. *fam. erc.*

1 *Mixtam causam obtinere videntur tam in rem*] In rem esse videntur; quia in his quisque de re sua agit ad instar ejus, qui vindicat. In personam ideò; quia dantur adversùs eum, qui propter communionem aut terminorum confusionem nobis obligatus est. Notandum autem: quòd non simpliciter ait, has actiones mixtam causam obtinere tam in rem quàm in personam; sed obtinere videri: nimirum, quia id præ se ferunt. Revera autem sunt actiones in personam omnino: quippè quæ tales origine & essentia sua; quamvis fine & effectu nonnihil cum actionibus in rem commune habent; *l.1. fin. reg. leg.1. §.1. C. de ann.* quod fusiùs à me expositum, *sup. §.1. hoc tit.*

2 *Quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate*] Judicium familiæ erciscundæ est, quod inter cohæredes redditur de dividenda hæreditate; hoc est, quo hæres agit adversùs cohæredes suos, ut res hæreditariæ priùs indivisæ dividantur, & à communione discedatur, *leg.1. fam. ercisc.* Estque hæc princeps hujus judicii causa, sed non sola: nam & præstationes quasdam personales continet, quibus hæres hæredi propter communionem rerum est obnoxius, *l. item Labeo* 22. §. *penult. d. tit.* Ubi Ulpianus ait: Judicium familiæ erciscundæ ex duobus constare, id est, ex rebus, atque præstationibus, quæ sunt actiones personales. Rerum divisio qualis sit, tum quæ in hac divisione adjudicatio, & quæ vice mutua condemnatio, quorum mentio fit in extremo hujus §. declaratur in §. *familiæ* 4. *inf. de off. judic.* Præstationes personales, indicuntur aut lucri aut damni aut impensarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderunt. Lucri: ut si quid ad unum ex hæredibus pervenit ex re communi, id cæteris hæredibus communicet, *l. inter* 44. §. 2. *& 3. fam. ercisc. l.3. C. eod. d. §. 4. inf. de off. jud.* Damni: ut si quid damni in rebus hæreditariis datum factumve est culpa aut negligentia unius, id cæteris pro portione cujusque sarciat, *l. hæredes* 25. §. *non tantum* 16. *& §. item culpæ* 18. *famil. ercisc. exempl. 7. l. & puto* 16. §. *pen. leg. inter* 44. §. *quod ex facto* 5. *eod.* Impensarum: ut si quæ ab uno hærede in res hæreditarias factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei à cæteris pro rata refundantur, *l. his consequenter* 18. §. *sumptuum*, 3. *eod.* Eòdem referimus, si unus pecuniam à defuncto sub pœna aut pignoribus debitam solverit, *d. l. hæredes*, §. *idem*, *juris* 13. *& seq.* Indicantur hæc genera in commune, *leg. quibus casibus* 34. *pro soc.* in judicio communi dividundo, *leg.3. comm. div.*

Communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur] Communi dividundo judicium est, quod inter eos redditur, inter quos res una aut plures extra causam hæreditatis communes sunt: neque enim interest, communes sint ex societate, an sine societate, *l. 1. & l. 2. comm. div.* Finis hujus judicii item duplex; unus, ut recedatur ab harum rerum communione; alter, ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine. Nam & hoc judicium iisdem rebus constat, quibus superius, rerum communium divisione, & præstationibus iisdem personalibus, *leg. 3. comm. div.* In divisione rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, §. *eodem* 5. *inf. de off. jud.* quippe semota hæreditatis divisione, cætera sunt utrique judicio cum altero communia, *l.6. §. cætera* 11. *comm. div.* 3

Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros habent] Finium regundorum judicium est, quo inter eos agitur, qui confines agros habent, ut fines regantur, id est, ad suam normam & certitudinem redigantur: & quod intra istos fines quisque habet, id totum retineat: si quid amplius, id confini restituatur, *l.4. pr. leg.8. in pr. & §.1. fin. reg.* Sed & si fines commodè dirigi non possunt vel propter loci inæqualitatem vel propter veterum limitum incertitudinem, permittitur judici aliis finibus evidentioribus agros distinguere. Quo casu, quia necesse est partem aliquam ex unius agro detrahi, & alterius agri domino adjici; ideò res transigitur adjudicatione & condemnatione, *l.2. §.1. l.3. & l.4. eod. tit. §. pen. inf. de off. jud.* 4

Ex bono & æquo adjudicare] Quid judicem hic in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur pleniùs *inf. de off. jud. §. si familiæ* 4. *& 2. seqq. de off. jud.*

TEXTUS.

Divisio tertia.

21. *Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulteriùs autem nulla actio extenditur.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *An ulla actio plus quàm quadruplum persequatur?*

Tertia hæc actionum divisio est sumpta & ipsa ab objecto, sed superiori dissimilis in eo, quòd illa explicat, quid quaque actione petatur, resne sola, an pœna tantùm, an utrumque simul: hæc, quantum peti oporteat, & quousque in pœna supra id, quod nobis abest, petendo progredi liceat. Maximi autem actoris olim intererat scire, quid & quantum petere deberet, propter periculum plus petitionis, §. *si quis agens* 33. *inf. eod.* Ait Justinianus: Actiones omnes vel in simplum conceptas esse, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum; ultra quadruplum autem nullam actionem extendi. Quid ergo, nullane actione plus quàm quadruplum persequi possumus? Si quis sciens tignum vitiosum aut pecus morbosum vendiderit, responsum est: Omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditorem præstaturum, *leg. Iulianus* 13. *in pr. de act. empt.* Si quis clavum à navi abstulit, ut naufragium fieret, cautum est Senatusconsulto: Ut is omnium rerum nomine teneatur, *leg.* 3. §. *ult. de inc. ruin. naufr.* Si servus hæres institutus ante aditam hæreditatem occisus sit, etiam hæreditatis æstimationem fieri, traditum est in *leg. inde Neratius* 23. *in pr. ad leg. Aq.* §. *illud* 10. *sup. eod.* Atqui in his omnibus litis æstimatio longè excedere potest quadruplum pretii ejus rei, in qua aut per quam damnum datum est. Respondemus: Quod dicitur, nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum esse de quadruplo ejus, quod culpa adversarii actori abest: id verò, quod abest, & id interesse actoris, etsi interdum longè & vel decuplo pluris æstimetur, quàm quanti valebat corpus, in quo vel per quod damnum datum est; simplum tamen semper est respectu universi damni, quod actor sensit: & ideò quantacumque hæc sit æstimatio, non in duplum, & triplum, actio concipitur; sed tantùm in simplum, nempe in id solum, quod actori per culpam rei abest. An in pœna conventionali quadruplum excedi possit, tractavimus suprà *ad* §. *alteri* 18. *de inutil. stipul.*

TEXTUS.

De actionibus in simplum.

22. *In simplum agitur; veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quamplurimis causis.*

NOTÆ.

22. *In simplum agitur.*] In simplum sunt omnes actiones, quæ rei persecutionem continent, etiamsi sint ex delicto: quales condictio furtiva, & actio rerum amotarum; *l.* 7. §. 1. & 2. *de cond. furt. l.* 21. §. *pen. de act. rer. am.*

COMMENTARIUS.

In simplum sunt omnes actiones, quæ rei persecutionem continent, utpotè quibus unum & simplum, quod nobis abest, persequimur. Itaque & si quæ sit actio ex delicto, quæ rei persecutionem habeat, ea quoque in simplum erit: ut condictio furtiva, & actio rerum amotarum. Sed & ex iis, quæ pœnæ persecutionem continent, nonnullæ sunt in simplum; veluti actio ex lege Aquilia extra causam inficiationis aut moræ, §. *vi bonorum* 19. *sup. eod.* item actio ex edicto, ne quis eum, qui in jus voc. *l. pen* §. 1. *hoc tit.* & si quæ sunt aliæ, in quibus aliquid ultra veram æstimationem rei & quod actori revera abest præstandum. Denique & ex pœnalibus illæ in simplum sunt, in quibus certæ pecuniæ summa simpliciter lege comprehensa est, sine mentione dupli, tripli, aut quadrupli, ut non ex comparatione alicujus simpli amplius quid pœnæ nomine constituatur, ut cùm pœna constituitur in decem, viginti, aut quinquaginta aureos, *l.* 8. *de jurisd. leg. penult. de in jus vocat. leg.* 5. §. *ait prætor* 6. *de his qui deje. c. l. pen. C. de serv. fug.*

Veluti ex stipulatione] Quid si duplum, triplum, aut quadruplum in stipulationem deductum sit? *l. si dictum* 56. *de evict.* Dicendum videtur: actorem id, quod sua interest, tanti æstimantem adhuc in simplum agere, & rem solam non pœnam persequi.

TEXTUS.

In duplum.

23. *In duplum agimus, veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis. Item servi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversùs dominum factus est, aut luxuriosè vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo servus abstulerit, æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea, quæ supra diximus.*

NOTÆ.

23. *Ex lege Aquilia*] Adversùs inficiantem se. §. 26. *in eod.*

De-

Depositi ex quibusdam causis] Quæ comprehensæ sunt edicto, nempè tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, *leg.* 1. §. 1. *depos.* §. 17. *sup. eod.* Qui hoc depositum fallit, tenetur in duplum, *d.* §. 26.

COMMENTARIUS.

QUinque actiones recenset, quibus in duplum agitur; furti nec manifesti, damni injuria ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis, servi corrupti, ex legato, quod venerabilibus locis relictum est. Non exponit, an eodem omnes modo in duplum sint, nec ne. Quia hoc loco tantùm ei propositum est ostendere, omnes in duplum esse. Differentiæ indicantur aliis locis, §. *ex maleficiis* 18. & *seqq. sup.* §. *sed furti* 26. *inf. eodem.*

Depositi ex quibusdam causis] Quæ comprehensæ sunt edicto; nempè, *tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, leg.* 1. §. 2. *depos.* §. *rei persequendæ* 17. *in fin. sup. h. t.*

Quæ competit in eum cujus hortatu] Actio servi corrupti in duplum constituta est in eum, cujus hortatu, consilio, opera servus quolibet modo deterior factus est, *l.* 1. *cum seq. de serv. corr.* Justinianus hoc addit, ut etiam solus conatus & nuda voluntas corrumpendi puniantur, *l. si quis* 20. *C. d. tit.* §. *sed etsi* 8. *sup. de obl. quæ ex del.* Venit in hoc judicium etiam earum rerum æstimatio, quas secum servus abstulit; duplatur enim omne damnum, *l. in hoc* 10. *eod.* De filio filiave familias corruptis utilis actio competit officio judicis æstimanda: quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi; *leg. ut tantum* 14. §. 1. *codem.*

TEXTUS.

In triplum.

24. *Tripli verò agimus, cùm quidam majorem vera æstimatione quantitatem in libello conventionis inserunt, ut ex hac causa viatores, id est, executores litium ampliorem summam sportularum nomine exigerent. Tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur; ut in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra Constitutio introduxit, quæ in nostro Codice fulget, quam procul dubio certum est, ex lege condictitia emanare.*

COMMENTARIUS.

UNa actio in triplum hìc commemoratur lege Justiniani constituta adversùs eos, qui majorem summam vera æstimatione in libello conventionis inserunt dolo malo, quo viatores, id est apparitores seu litium executores, §. *seq. inf.* l. 5. §. *ne tamen* 13. *de reb. cor. qui sub tit.* majores portulas consequantur. Constitutio hæc Justiniani, temporum injuria intercidit.

Libello conventionis] Libellus conventionis dicebatur id scriptum, quo actor petitionis suæ rationem & speciem futuræ litis in judicio exprimebat; qui libellus posteà ad absentem per oratorem mittebatur.

Ampliorem summam sportularum] Sportulas appellat mercedes sive salaria executorum, quæ Græcis ἐκβιβαστικὰ, ut planè constat ex *l. omnes* 33. §. *executoribus* 5. *C. de Episc. & Cler. l. in sacris* 112. *de prox. sacr. scrin. lib.* 12. *l. ult. C. de fruct. & lit. exp.* Quanta portio pro sportulis constituta fuerit, incertum est. Illud ex hoc ideò intelligimus: pro modo quantitatis petitæ ad certam summam & à reo exigi solitas: Quod de consuetudine non ampliùs observari notum est; *Gudelin. lib.* 4. *cap.* 5. *in fin.* De sportulis earumque vario usu, vid. *Fr. Iuret. in not. ad Symmach. lib.* 4 *epist.* 55. & *Bachov. ad hunc* §.

In triplum ab actore] Datur hæc actio rei in minorem summam, quàm quæ petita fuit, condemnato adversùs actorem, qui plus libello comprehendit, quàm ei debetur, ut viatores hac occasione plus etiam sportularum nomine exigerent. Triplatur autem quod supra constitutum modum sportularum per hanc occasionem exactum est; sed ita, ut triplo etiam illud ipsum contineatur. Pœnam hanc primus Justinianus in proposita specie introduxit: nam jure veteri, qui plus quovis modo petiissent, causa cadebant, id est, rem amittebant; §. *si quis* 34. *in pr. & fin. inf. eod.*

Quam procul dubio certum est ex lege condictitia emanare] Locus hic procul dubio mendosus est: & sic eum Russar. Condict. Cujac. qui etiam ad libros veteres provocant, restituendus: *Ex qua procul dubio certum est ex lege condictitiam emanare.* Ut sit sensus: hanc in triplum actionem ex Constitutione Justiniani esse condictitiam ex lege, sive ejusmodi actione, quæ condictio ex lege dicitur; nec cavetur, qua actione experiendum sit, lege agitur, *l. un. de cond. ex leg.* Atque hoc modo Theophilum quoque apud Justinianum legisse, ex paraphasi ejus apparet.

TEXTUS.

In quadruplum.

25. *Quadrupli autem agitur; veluti furti manifesti; item de eo, quod metus causa factum sit: deque ea pecunia, quæ in hoc data sit, ut is, cui datur, calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condictitia nostra Constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra nostræ Constitutionis normam a reis quicquam exegerint.*

No-

NOTÆ.

25. *Calumniæ causa negotium*] *l.* 1. *l.* 3. *de calum.* Et hæc item actio mixta est, conjunctim pœnam & rem persequens, *leg.* 5. §. 1. *d. tit.* Est autem negotium alicui facere calumniæ causa, judicio calumnioso aliquem vexare, Quint. *l.* 5. *c.* 12.

Ex lege condictitia nostra Constitutio) Leg. *Ex lege condictitia ex nostra Constitutione oritur*. Ex lege condictitia actio ex lege. Quomodò & Theophyl. hunc locum interpretatur. Hanc actionem & ipsam mixtam esse, apparet ex *Nov.* 124. *cap.* 3.

COMMENTARIUS.

Recensentur hìc quatuor actiones, quæ sunt in quadruplum, furti manifesti, quod metus causa, de calumnia, adversùs executores litium, qui plus constituto sportularum nomine exegerint. Addamus & quintam, vi bonorum raptorum. Prima actio merè pœnalis est, reliquæ mixtæ, ut in quadruplo comprehendatur etiam ejus quod abest aut interest persecutio.

De eo, quod metus causa) Quod metus causa gestum est, Prætor ratum non habet: & hoc amplius, si, quod ex ea causa aberit, arbitrio judicis non restituatur, in quadruplum judicium pollicetur, *l. item si* 14. *&* §. 1. *quod met. caus.* Quadruplatur id omne, quod restitui oportet, si tamen ut in hoc quadruplo & simplum insit. Quippe mixta est, hæc actio, non solius pœnæ persecutoria; *l.* 14. *sed & si* 9. *cum* §. *seqq.*

Vt calumniæ causa negotium alicui faceret] Negotium alicui facere calumniæ causa est, judicio calumnioso aliquem vexare. In eum, qui ut calumniæ causa negotium faceret, vel etiam ut non faceret, pecuniam accepisse dicitur; actio in quadruplum ejus pecuniæ, quam accepit, competit, *l.* 1. *l.* 3. *de calumniat.* Et hæc item actio mixta est conjunctim pœnam & rem persequens; *l.* 5. §. 1. *d. tit.*

Item ex lege condictitia nostra Constitutio) Hujus etiam loci lectionem vitiosam esse certum est. Apud Justinianum haud dubiè ita scriptum fuit: *Item ex lege condictitia ex nostra Constitutione oritur* &c. Ex lege condictitia, id est, condictitia actio ex lege, quæ ex Constitutione Justiniani oritur in facti specie hìc proposita: quomodò hunc etiam locum Theophilus interpretatur.

In quadruplum imponens executoribus litium] Constitutio, cujus meminit §. præcedenti, actori, cujus fraude factum, ut executor plus debito exigeret, tripli pœnam imponit: illa, cujus hìc mentio, in executores directa est, qui ipsi in exigendis sportulis summam definitam dolo malo excesserunt, data actione in quadruplum, quam & ipsam mixtam esse apparet ex *Nov.* 124. *cap.* 3. ubi Justinianus constituit: Ut simplum reddatur ei, qui damnum passus est; triplum autem inferatur ærario. Quod quidam tradunt: Etiam hodie, ubicumque lege vel decreto Curiæ nuntiis & apparitoribus certa summa pro sportulis constituta, si quid ultra exegerint, hac in quadruplum actione conveniri posse; constat usu non observati.

TEXTUS.

Subdivisio actionum in duplum.

26. *Sed furti quidem nec manifesti actio & servi corrupti à cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt: quod hæ actiones omnimodò dupli sunt, at istæ, (id est damni injuria ex lege Aquilia, & interdum depositi) inficiatione duplicantur: in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem, usquequò jussu Magistratuum conveniatur. In confitentem verò, antequàm jussu Magistratuum conveniatur, solventem simpli redditur.*

Subdivisio actionum in quadruplum.

27. *Item actio de eo quod metus causa factum sit à cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quòd ejus natura tacitè continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur: quod in cæteris casibus non est ita, sed omnimodò quisque in quadruplum condemnatur: quod est & in furti manifesti actione.*

NOTÆ.

26. *Omnimodò dupli*) Id est, sive reus fateatur, sive inficietur, Th.

Interdum depositi] Depositi scilicet miserabilis, *l.* 1. §. 1. *depos.*

Vsquequò jussu Magistratuum] Frustratione & dilatione solutionis usque dum judicio conveniatur; §. 19. *sup. eod.*

27. *Vt qui jussu judicis*) In actione quod metus causa reo convento pœnam evitare conceditur rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo, *l.* 14. §. 1. *quod met. caus.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones omnes apud nos videri rei persecutorias.*

Notatur hìc nonnulla differentia, quæ est inter actiones pœnales; tum quæ sunt in duplum,

duplum, tum quæ in quadruplum. Non omnes enim simpliciter, & omnimodo in duplum aut quadruplum conceptæ sunt; sed quædam conditionaliter, & ita, ut reo pœnam evitare liceat. Omnimodo in duplum sunt actio furti manifesti, servi corrupti, & si quæ sunt alię simpliciter in duplum constitutę: quippe quę omnes ita constitutę intelliguntur, ut semper & statim pœna exigi possit, nec dupli condemnatio evitari. Non statim & simpliciter in duplum sunt, actio legis Aquilię, depositi miserabilis, de legato venerabilibus locis relicto; namque has ab initio & in confitentem placet in simplum tantùm dari, duplicari autem inficiatione, postremam etiam frustratione & dilatione solutionis, usque dum reus judicio conveniatur, *h. t. ex §. vi autem sup. eod.* Omnimodo in quadruplum sunt actio furti manifesti, vi bonorum raptorum, de calumnia, de sportulis adversùs executores litium, &c. Una tantùm ex hoc genere excipitur Actio quod metus causa; in qua reo convento pœnam evitare conceditur, rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo. Quòd si reus judici jubenti rem restitui non pareat, hanc contumacię suę pœnam patitur, ut in quadruplum condemnetur, *h. tex. §. item actio. l. item si 14. §. 1. & 4. quod met. caus.* Est & alia & quidem inter pœnales omnes differentia; quòd scilicet quędam sint merè pœnales, quędam mixtæ; sed illa superiùs explicata est; *§. ex malef. 18. & seq. h. t.* Apud nos omnes actiones sunt rei persecutoriæ, & in simplum conceptæ, quia pęnæ pecuniariæ, quę privatis litigatoribus applica-
1 bantur, exoluerunt, & solus fiscus pœnas ob vindictam publicam persequitur judicio criminali: Privatis tantùm potestas est ejus quod sibi abest persequendi judicio civili. *Io. Imbert. in enchirid. jur. script. Baro ad tit. sup. de obl. quæ ex del. comm. p. 2. Gudelin. de jur. nov. 3. c. 13. Groenevv. de ll. abr. ad rub. C. de pœn. & ibi laudati.* Excipienda tamen videtur actio injuriarum, qua ex more fori nunc duplex emenda petitur, honorabilis & profitabilis, ut loquuntur. *Vid. sup. ad §. 10. de injur.*

TEXTUS.

Divisio quarta de actionibus bon. fid.

28. *Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit, & hæreditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia connumeranda hæreditatis petitio esset, an non; nostra tamen Constitutio apertè eam esse bonæ fidei disposuit.*

Vinnius in Institut.

NOTÆ.

28. *Quædam bonæ fidei*] Id est, liberæ potestatis judicis: conclusæ tamen intra regulam bonæ fidei, Cic. *in Top. & 3. de off.* Sen. 3. *de benef. & 2. de Clem.*

Quædam stricti juris] Strictè, stricti judicii, *l. 5. §. ult. de in lit. jur.* in quibus potestas judicis formulæ astricta est. *Sen. 2. de Clem. Clementia liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex æquo & bono judicat.*

Bonæ fidei sunt hæ] O'ριστικῶς. Unde intelligimus, & omnes quæ hìc enumerantur, esse bonę fidei, & solas. Cæteræ sunt stricti juris; utique si non sint arbitrariæ. De quibus *infrà §. 31.*

Præscriptis verbis] Non omnes, sed illæ duę dumtaxat, æstimatoria, & ex permutatione, propter affinitatem, quam habent cum emptione, *l. 1. de æstim. act. l. 2. de contr. empt.*

Nostra Constitutio eam esse bon. fid.] *leg. ultim. C. de pet. hær.* Ratio est: quia petitio hæreditatis, etsi actio est in rem, habet tamen quasdam pręstationes personales, *l. 25. §. propen. D. eod.* propter quas ad naturam actionis negotiorum gestorum accedit, & mixta personalis dicitur, *l. 7. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Removetur duplex contra propositam divisionem objectio.*
2 *Actiones bonæ fidei quæ, & unde sic dictæ.*
3 *Quæ actiones stricti juris, & unde sic appellatæ.*
4 *Multæ & insignes horum generum differentiæ, & an quæ earum adhuc maneant.*
5 *Bonæ fidei nullas esse, præter eas, quæ hìc recensentur.*
6 *Actio finium regundorum cur hìc omissa.*
7 *Cur duæ, præscriptis verbis, æstimatoria, & quæ ex permutatione competit, bonæ fidei.*
8 *De petitione hæreditatis cur dubitatum.*

DUæ præcedentes divisiones ostenderunt, quid & quantum petere liceat pro ea quantitate, quæ aut conventione aut certo jure definita est. Proponitur hìc alia, quæ docet, quid quantumcumque amplius petere liceat pro potestate & officio judicis, nulla conventione aut certo jure definitum; quod potissimùm in fructibus, usuris, & reliquis accessionibus rei petitæ cernitur.

Quædam bonæ fidei, quædam stricti juris] Divisio hæc duplici vitio laborare videtur. Primùm,
quòd hìc aliquæ actiones statuuntur, quæ non 1
sint bonæ fidei, sed stricti juris: deinde, quòd in hac divisione omittuntur actiones arbitrariæ, quæ tamen tertiam & distinctam à duabus, quę hìc proponuntur, speciem constituere videntur, *§. præterea 31. inf. eod.* Quòd quædam actiones dicuntur esse stricti juris, id non videtur convenire Constitutioni Constantini in *l. placuit, C. de judic.* ubi magis ait placere, in omnibus rebus præci-

puam esse justitiæ æquitatisque quàm stricti juris rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique & in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur, quod generaliter constitutum est in *leg. 4. Cod. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Nam in contractibus omnibus bona fides spectatur, etiam in actionibus omnibus: certè iis, quæ ex contractu proficiscuntur, pariter bona fides spectanda. Cæterùm neutrum propositæ divisioni obstat. Non primum, quia in *d. l. placuit.* juris verbum Jus constitutum significat, quomodò dicimus, Jus gentium, Jus civile. Hoc Jus si summum est, seu, ut in Constitutione nominatur, strictum: id est, si verbis tantùm nititur contra sententiam & rationem legis, numquam sequimur; sed æquitatem, id est, mentem & sententiam legislatoris. Atque hoc sensu concedimus, nullas esse actiones stricti juris. At cùm dicimus, quasdam actiones esse stricti juris, verbo juris potestas significatur, uti & alibi sæpè: nec aliud est, quasdam actiones esse stricti juris, quàm quasdam esse strictæ seu adstrictæ potestatis judicis, sicut ex contrario nihil aliud est, actiones quasdam esse bonæ fidei, quàm quasdam esse liberæ potestatis judicis, qui æstimare possit, quicquid est ex bona fide; *§. in bonæ 30. inf. eod.* Erratque adeò Theophilus, & cum eo Pacius in analysi sua, dum putant, quasdam actiones stricti juris ideò dici, quòd in his judex τὸ ἀκριβοδίκαιον, summum & strictum jus sequatur. Ad alterum, quod ex *l. 4. C. de obl. act.* objicitur, respondeo: In omnibus quidem contractibus spectari bonam fidem, sed non spectatur in omnibus eodem modo. In contractibus & actionibus stricti juris etiam bona fides spectatur, sed secundùm communem quamdam æquitatis regulam: hactenus videlicet, ne dolus approbetur, neve quid juris subtilitas adversus bonam fidem æquitatemque valeat, *l. dolo C. de dol. l. si quis 36. de verb. obl.* At bonæ fidei actiones non ex eo nomen acceperunt, quòd in his communi quodam respectu consideretur bona fides & æquitas, sive quòd in his non præstetur, quod sit contra bonam fidem, quamvis id fortè subtilitate juris præstandum videatur; sed quòd in his summa desideretur æquitas, res tota æstimetur ex bona fide, & religioni judicantis permittatur per omnia. Planiùs & certiùs hæc intelligentur postea. Sed esto, inquis. Illud tamen vitium divisio habet, quòd imperfecta & manca est; ut quæ ex tribus actionum generibus inter se distinctis duo tantùm posuit, tertium actionum arbitrariarum omisit. Res. Esset imperfecta hæc divisio, si Imperator in duobus generibus, quæ hic proponuntur, constitisset, nec mox adjecisset tertium. Nunc autem cùm statim & continenter unoque ductu divisionis tertiam illam speciem subjiciat, *§. præterea 31. inf.* perinde id haberi debet, ac si tres species eodem loco proposuisset, & divisio tripartita censeri. An autem actiones arbitrariæ revera constituant novam speciem, & à duabus, quæ hic ponuntur, planè diversam, videbimus sub *d. §. præterea.*

Actiones bonæ fidei sunt, in quibus libera potestas judici permittitur æstimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide præstare oportet. Descriptio totidem penè verbis expressa, *l. 2. §. 3. l. 5. pr. de obl. & act. §. in bonæ 30. infr. eod.* 2
Duo itaque sunt, quæ judicium bonæ fidei constituunt, libera potestas æstimandi arbitrandive judici tributa, & hæc ipsa potestas intra modum & regulam bonæ fidei conclusa. Ex libera potestate est, quòd hæc eadem judicia passim arbitraria vocantur, & judex in his datus arbiter. Ex bona fide, quòd appellentur judicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum; quia in his judiciis omnis æstimatio & condemnatio judicis est ex bona fide, seu in id, quod ex bono & æquo quemque præstare oportet. Putat D. Hotomannus, causam & originem nominis esse ex ipsa formula, eò quòd Prætor in his judiciis ita jubebat judicari, ut adderet, Ex bona fide, ut judicat Cic. in *Top. & lib. 3. de offic.* Sed ut hæc sit causa proxima, atque ut hic etiam nomen translatum ad contractus, quippe qui & ipsi non minùs quàm actio ex his descendens bonæ fidei appellantur, *leg. ex empto alias l. emptorem §. ult. de act. empt. l. mora 32. §. 2. de usur. l. cum qui 22. de donat. l. in bonæ 13. C. de pact. l. 3. C. de reb. cred.* & aliis locis; oportet tamen superiorem aliquam causam esse, ob quam Prætor in quibusdam judiciis liberam judici potestatem faceret, clausulamque illam, Ex bona fide, adjiceret; in aliis verò judicem adstringeret formulæ. Atque ego omnino existimo, causam hanc accersendam à natura & conditione ipsorum contractuum: nimirum quoniam quidam contractus ita comparati sunt, ut in his interpretandis æquum sit laxiorem judici potestatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio sit circumscribenda. Prioris generis sunt contractus mutuæ præstationis, in quibus uterque & obligatur & obligat. Posterioris, ubi unus tantùm obligat, & unus obligatur, *arg. tit. de obl. ex consen. in fin.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est, & ex voto communi, non tam quid lingua nuncupatum sit, quàm quid æqui bonique ratio utrinque postulet, spectari. Cùm autem unus tantùm obligatur, non est admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præstetur, de quo non expressè convenit, aut quod natura contractus non continetur, definitione *l. quicquid 99. de verb. obl. l. 3. de reb. creditis.* Ex hac inquam diversitate contractuum procul dubio est, quòd Prætor quoque in actionibus ex contractu venientibus aliter atque aliter formulam judicii concipiebat: modò laxiùs adjecta clausula Ex bona fide, ut in actionibus descendentibus ex contractu utrinque obligatorio: modò angustiùs & strictè, ut in actionibus, quæ proficiscuntur ex contractibus μονοπλεύροις; veluti ex mutuo, pro mutuo, stipulatione, &c. Hoc idem & Theod. Hermopol. sensisse arguunt verba ejus, quæ legimus *lib. 10. titul. 4.* ἐπὶ τοῖς ἀπὸ μονοπλεύρων, estque hujus rei etiam hoc argumentum: quòd idem actionum discrimen, & res ipsa etiam nûc manet, quam-

quamvis formulæ & impetrationes actionum sublatæ sint, nimirum quia formulis sublatis, nihilominus prima causa discriminis, eadem conventionum diversitas mansit. Porrò bonæ fidei esse eas actiones omnes & solas, quæ ex contractibus [illegible] veniunt, ostendit, cum actionum bonæ fidei definitio, tum specierum hujus generis apud Justinianum collectio. Reliquæ, si non sunt arbitrariæ, sunt stricti juris, sive ex contractu sive ex delicto descendant. Ex his simul intelligi potest, quæ sint actiones stricti juris, nimirum illæ, in quibus potestas judicis formulæ
3 adstringitur, seu iis rebus, in quas Prætor jubebat condemnationem fieri. Sic enim, verbi causa, in his actionibus formulam judicii concipiebat: *Si paret, Mævium Sempronio centum ex stipulatu debere, tum Mævius damnetur.* Hæ, inquam, actiones dictæ sunt stricti juris; item stricti judicii, quia in his judex non plus poterat, quàm formula exprimebat: qua de causa nec judici in his dato nomen arbitri convenit, nec judicio nomen arbitrii. Quod discrimen respiciens Seneca *l. 3. de benef. Melior*, inquit, *videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem quàm si ad arbitrum mittatur; quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus libera & nullis constricta vinculis religio est.* Idem Seneca *libr. 2. de Clement.* ad hanc judiciorum differentiam alludens: *Clementia*, inquit, *liberum arbitrium habet, nec sub formula; sed ex bono & æquo judicat.* Ex hoc autem fonte [quòd judex in bonæ fidei judiciis omnia liberè ex æquo & bono æstimat: in strictis formulam præcisè sequi tenebatur] natæ sunt multæ & insignes horum generum differentiæ, quæ certo jure nunc comprehensæ sunt, & Jurisconsultorum disputationibus notatæ. Bonæ fidei judiciorum propria sunt maximè hæc.
4 1. Quòd in his judiciis etiam ea veniunt, de quibus præstandis nihil convenit, si ut præstentur ratio bonæ fidei exigat, veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat, cæteraque, quæ sunt moris & consuetudinis, *l. quod si nolit. 31. §. quia assidua 20. de ædil. edict.* Item incommoda reticentia aut dissimulatione unius alteri illata, verbi causa, si venditor celet emptorem vitium aliquod, aut quid aliud, quod scire emptoris interest; aut si fallendi causa obscurè loquatur, aut malitiosè dissimulet, non evitabit actionem ex empto, quæ bonæ fidei est; sed in id omne, quod emptoris interest, condemnabitur, *l. 1. §. 1. l. Iulianus 13. pr. l. si sterilis 21. §. 1. leg. in vindictione 41. de act. empt. l. ea quæ 43. §. ultim. de contr. empt. l. 1. §. 1. & pass. tot. tit. de ædil. edict.* nempe judicio bonæ fidei semper dolus malus præstatur, etsi nominatim cautum non sit, eum abesse abfuturumque esse, *l. 6. in fin. de act. empt. d. l. ea quæ 43. l. si cum fundum 68. §. 1. de controv. empt.* tantumque valet officium judicis, quantum in stipulatione nominatim facta ejus rei interrogatio, *l. 7. de neg. gest.* 2. Quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maximè contrarius est, *l. 3. §. ult. pro soc. l. 5. Cod. de rescind.* Ideò si quid in his contractibus gestum sit ab initio dolo malo, id ipso jure non valet, ut puta nulla est venditio, si quis in hoc circumscriptus sit, ut venderet, *l. eleganter 7. de dol. mal.* Ipso jure nullius momenti est societas, si dolo malo, aut fraudandi causa inita sit, *l. 3. §. ult. pro soc. l. in causæ 16. §. 1. de minor.* Et hoc est, quod vulgò Interpretes tradunt: Ubi dolus contractui bonæ fidei causam dat, contractum ipso jure nullum esse, nullamque ex eo actionem nasci. Secus autem est in dolo incidenti, qui purgatur actione ipsius contractus, aut exceptione, si conveniatur, qui dolum passus est, *l. 13. §. 4. & seq. de act. empt. l. 2. C. eod. dict. l. & eleganter §. 3. de dol. mal.* qua de re consule Bachovium *disp. 6. de act. thes. 17. & seq.* Ubi tamen sententiam communem restringit ad contractus, qui solo consensu constant, quasi in cæteris interventus rei impediat, quominùs actus sit ipso jure nullus. De metu non idem quod de dolo statuendum apparet ex verbis edicti *De eo, quod met. caus. & textu expresso in l. 4. & 5. Cod. de his quæ vi met. caus.* de quo item adi *Bachov. d. loc.* & nostra *lib. 1. sel. quæst. 123.* Quòd ex causa contractuum bonæ fidei non liberetur debitor rem reddens deteriorem, sed adhuc integra adversùs eum vetus actio maneat, *l. 3. §. 1. commod. l. 1. §. si res 16. depos.* 4 Quòd in bonæ fidei judiciis post moram etiam accessiones officio judicis præstentur, in pecunia usuræ, in certis rebus fructus. De usuris disertè hoc traditum est in *l. mora. 32. §. 2. de usur.* Ergo de fructibus idem dicendum: quoniam si ideò usuræ in bonæ fidei contractibus ex mora præstantur, quia vicem fructuum obtinent, ut disputat Jurisconsultus *in leg. usuræ. 34. de usufr.* fructuum quoque eamdem conditionem esse oportet, *fac. text. in l. 3. in pr. eod.* nam actio ex testamento in his, quæ ex mora præstantur, imitatur naturam actionum bonæ fidei, *d. l. usuræ de usur. l. 3. C. in quib. caus. in int. rest.* 5. Quòd in judiciis bonæ fidei necesse non est exceptionem initio litis contestari, sed satis sit quandoque ante rem judicatam exceptionem objici: qua deinde probata, officio judicis convenit reum absolvere. Non est huic contrarium quod dicitur: Ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse, *l. ut fundus 18. comm. divid.* Nam in bonæ fidei judiciis, vi ipsa & potestate judicii exceptiones in judicium deduci intelliguntur, cùm in his judex judicare jubeatur ex æquo & bono; idque Veteres significant [cùm ajunt: Exceptiones inesse bonæ fidei judiciis] his contineri, & si non excipiatur, satis per officium judicis consuli; *l. 3. de rest. vend. l. sed si ideo 21. in fin. sol. matr. l. hujusmodi 84. §. qui servum 5. de legat. 1. l. planè 38. leg. ult. de hæred. petit.* In judiciis stricti juris omnia hæc contra se habent. In his enim ea demum præstantur, de quibus nominatim convenit, nihil amplius, *l quicquid 99. de verb. obl.* nisi sit, quod natura negotii contineatur, *leg. 3. de reb. cred. l. indebiti 15. de cond. ind.* Qua de causa in strictis judiciis non veniunt ea, quæ sunt moris & consuetudinis, per *d. l. quod*

ſi nolit. 31. §. *quia aſſiduæ* 20. *de ædil. edict.* Ubi non expreſsè clauſula de dolo ſtipulationi inſerta eſt, vel ſeparatim de dolo cautum, deficit actio ex ſtipulatu, & de dolo agendum eſt, *l. & eleganter* 7. §. 3. *in fin. de dol. mal.* Subſiſtit ipſo jure ſtipulatio, & ſemper excipiendum eſt, ſive dolus cauſam contractui dederit, ſive inciderit, *l. ſi quis* 36. *de verb. obl. l. dolo C. de inut. ſtipul.* In re deteriore facta, quæ ex contractu ſtricti juris, veluti ex ſtipulatu, debita fuit, placet promiſſorem eam præſtando vetere actione liberari, & ſi quid dolo in ea fecit, teneri actione de dolo, *d. l.* 7. §. 3. *de dol.* De uſuris jus certum eſt has in ſtricti juris contractibus ex mora non deberi, cùm ut debeantur ex mora, id bonæ fidei judiciis tantùm tribuatur, *l. mora* 32. §. 2. *de uſur. l.* 5. *C. de pact. int. empt. & vend.* Sed & disertè traditum eſt: In ſtrictis judiciis citra vinculum ſtipulationis uſuras peti nō poſſe; *leg. Titius* 24. *de præſc. verb. l.* 3. *C. de uſur.* Quare nec poſt litem conteſtatam in his judiciis currere incipient; *l.* 1. *C. de cond. ind.* Nam quod dicitur, *l. lite* 35. *de uſur.* Lite conteſtata, uſuras currere: id non hanc habet ſententiam, uſuras poſt litem conteſtam incipere currere, ſeu incipere deberi; ſed debitarum curſum lite conteſtata non retardari, deberi cœptas poſt litem conteſtatam perſeverare; *l.* 1. *C. de judic.* de quo dubitari poterat, propterea quòd novatione facta, uſuræ non currunt, ſeu curſus uſurarum ſiſtitur, *l. novatione* 18. *de novat.* litis autem conteſtatio novationem quamdam inducit, *l. delegare* 11. §. 2. *l. aliam* 29. *d. tit. l.* 3. §. *idem ſcribit* 11. *de pecul.* Sed reſponſum eſt: Aliam eſſe cauſam novationis voluntariæ aliam judicii accepti: quoniam nemo actionem exercens conditionem ſuam deteriorem facit; *d. l. aliam add. Don. hic n.* 31. *Perez ad tit. C. de uſur. num.* 22. De fructibus in ſtrictis actionibus hoc obſervatur, ut ſi quis actionem habeat ad conſequendum, quod ejus non fuit, veluti ex ſtipulatu fructus non ſequatur, etiam ſi mora facta ſit: poſt acceptum autem judicium, etiam fructuum ratio habeatur, quia omnis cauſa reſtituenda eſt; *l. videamus* 38. §. *ſi actionem* 7. *de uſur.* In iis autem actionibus, quibus reperimus quod noſtrum fuit: cujuſmodi ſunt condictiones earum rerum, quæ à nobis profectæ ſunt; ut condictio ob cauſam datorum, condictio indebiti, ſine cauſa, &c. fructus, ex quo primùm tempore res accepta eſt, unà cum re reſtituendi ſunt ex ipſius negotii natura & quaſi lege; *l. indebiti* 15. *de cond. ind. d. l. videamus* §. 1. *& aliquot ſeqq. Don. de fructib. c.* 1. Planè in actione ex teſtamento, quæ natura ſua ſtricti juris eſt; *leg.* 5. *in fin. cum l. ſeq. de in lit. jur.* favore ultimæ voluntatis placuit, uſuras & fructus venire ex mora ad inſtar bonæ fidei judiciorum, *l.* 3. *l. uſuræ* 34. *de uſur. l.* 3. *C. in quib. cap. in int. reſt.* Denique in ſtrictis judiciis neceſſe eſt exceptionem initio litis conteſtari: & vel reo agnoſcente intentionem actoris ſtatim probari; vel à dubitante tantiſper omiſſam, donec actor intentionem ſuam probavit, antequàm ſententia feratur; *l.* 9. *C. de præſc. long. temp. l.* 8. *& l.* 9. *C. de exc.* Non conteſtatam poſtea objicere non licet; de quo fuſiùs alibi. Sunt & aliæ horum generum differentiæ; veluti quòd in bonæ fidei judiciis præſtentur etiam fructus percepti eo tempore, quod judicatis datur: in ſtrictis autem hoc tempus à fructuum perceptione immune ſit; *l.* 3. *pr. &* §. 1. *de uſur.* Quòd in illis in ineunda rei deperditæ æſtimatione tempus rei judicatæ ſpectetur: in his tempus litis conteſtatæ; *l.* 3. §. 2 *commod.* Quòd in illis juretur in litem; in his non item, niſi in caſu ſingulari; *l.* 5. *pr. &* § *ult. cum l. ſeq. de in lit. jur.* Proferuntur præterea & aliæ quædam ab aliis differentiæ; quas ideò prætermitto, quia non uſque adeò explorati juris ſunt. Apud nos tota hæc judiciorum diſtinctio generali deſuetudine penè deleta eſt, & genera actionum ſic confuſa, ut omnes vi & effectu nunc videantur eſſe bonæ fidei. Illud tamen diſcrimen adhuc manet: quòd quamvis uſuræ in bonæ fidei judiciis debeantur ex mora; in ſtrictis tamen non debeantur niſi à tempore litis conteſtatæ. Fructuum autem, quorum cauſa favorabilis, in utroque genere eamdem eſſe præſtationem accepi: quod ſanè in Gallia expreſsè ſancitum. *Imbert. in enchirid. verb. evictione an liceat, Rebuff. ad conſt. Reg. tom.* 13. *tract. de fruct. art.* 1. *add. Baro. inſt. de off. jud. comm. part. alt. Gudelin.* 3. *de jur. noviſſ. cap.* 13. *Groænev. de legib. abr. ad hec* §.

Bonæ fidei ſunt hæ; ex empto; vendito, &c.] Ob- 5
ſervandum eſt, quòd non ait, *Bonæ fidei ſunt, veluti ex empto, vendito, &c.* ut fit, cùm exempli gratiam quædam proferuntur: ſed, ὁριστικῶς, *Bonæ fidei ſunt hæ; ex empto. vendito,* & quæ ſequuntur, indicans, ſe eas omnes, quæ ſint hujus generis, ex profeſſo recenſere. Ex eo enim intelligimus: non tantùm actiones omnes, quæ hìc enumerantur, eſſe bonæ fidei; ſed etiam præter has bonæ fidei nullas eſſe: cæteraſque, ſi arbitrariæ non ſint, de quibus §. *præterea.* 31. eſſe ſtricti juris. Et igitur in hoc numero ſunt actio ex ſtipulatu; ex teſtamento; *l.* 5. §. *ult. & l. ſeq. de in lit. jur.* ex cauſa donationis; *l. cum qui* 22. *de donat.* condictio indebiti; *l.* 1. *C. de cond. ind.* & condictiones reliquæ. Item actiones pœnales ex maleficiis, & generaliter omnes, quæ hic non nominantur. Non obſtat, quòd nonnullæ actiones, quarum hic mentio non fit, dicantur oriri aut introductæ eſſe ex bono & æquo: ut condictio indebiti; *l. pen. de cond. ind.* actio funeraria; *l. & ſi quis* 14. §. *hæc actio* 6. *de relig.* actio injuriarum; *l.* 11. §. *de jurejur.* item actio præſcriptis verbis de precario; *l.* 2. *de precar.* Nam actiones bonæ fidei non ideò ullæ dicuntur, quia initium eas conſtituendi ſit ex bono & æquo: ſed quia, ut ſupra diximus, in his omnia ex bona fide dijudicantur, tam quæ præſtanda ſunt, quàm quæ non ſunt præſtanda: quod non fit in aliis, quàm quæ hic commemorantur. Planè actio funeraria inter bonæ fidei judicia numerari videtur; *d. l. & ſi quis* §. *idem Labeo* 13. *de relig.* ubi Ulpianus ait: Judicem hic ſolutiùs æquitatem ſequi, cùm hoc ei natura actionis indulgeat; nam in ſtrictis judiciis judex non ſolutè

judi-

judicat, sed adstringitur formulæ: ut proinde existimem, actionem funerariam inter judicia bonæ fidei computandam. Sed nego, eam hic prætermissam esse: numeratur enim inter bonæ fidei judicia actio negotiorum gestorum, cujus actio funeraria species quædam est aut adjectio, *arg. l. 1. d. l. & si quis §. sed interdum 7. §. fortassis 9. §. si quis 11. & d. §. idem Labeo 13. de relig.* Illud enim in universum tenendum est: actiones, quæ hic enumerantur, ita solas bonæ fidei censendas, ut illæ dumtaxat excludantur, quæ planè sunt diversi generis; non etiam illæ, quæ adjectitiis tantùm qualitatibus ab aliis distinguuntur, aut sub enumeratis tanquam species sub genere comprehenduntur. Nullum certè dubium est, quin nomen bonæ fidei tam conveniat actionibus contrariis, negotiorum gestorum, mandati, depositi, commodati, tutelæ, pignoratitiæ, quàm directis ex iisdem causis: & quin per enumeratas non solùm directæ intelligantur, sed etiam quæ ex similibus causis sunt utiles, veluti negotiorum gestorum adversùs curatorem, *l. 3. C. de transact.* Eademque ratione, & actionem pro tutela, & bonorum possessoriam hæreditatis petitionem, & petitionem hæreditatis fideicommissariam, rectè dicimus esse actiones bonæ fidei, *arg. l. 1. §. pen. de eo qui pro tut. l. 1. de bon. poss. hær. pet.* Eò amplius & actio exercitoria & institoria ex contractu bonæ fidei cum magistro navis aut institore inito, item de peculio ex eadem causa bonæ fidei censendæ. Postremò eodem numero habenda & actio emphyteuticaria, quia olim ex vendito aut locato erat: nam Zeno, contractum emphyteuticum à venditione & locatione separando, vim ejus veterem non minuit, sed auxit, *l. 1. C. de jur. emphyt. fac. §. 3. sup. de locat.*

Ex empto, vendito] Actiones omnes ex contractibus nudi consensus bonæ fidei sunt, ut ex empto, vendito, locato, conducto, pro socio, mandati: quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuitur, *sup. tit. de obl. ex cons. l. 2. de obl. & act.*

Familiæ erciscundæ, communi dividundo.] Ali-
6 bi passim tria hæc judicia propter similitudinem, quam habent, conjunctim proponuntur, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Hic autem finium regundorum consultò prætermissum, quia hoc judicium à cæteris in eo discrepat, quòd causam continet bonæ fidei judicii. Nam illa familiæ erciscundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi gesto, & quasi ex contractu. In finium autem regundorum judicio solus sibi rem gerit qui convenitur, magisque ex delicto aut quasi ex delicto hæc actio esse videtur, quàm quasi ex contractu: qua de causa etiam obligatio, unde hæc actio nascitur, omissa est, *tit. de obl. qua quas. ex contr.* Est igitur aut stricti juris, aut, quod magis probo cum *Ant. Fab. dec. 94. err. 1.* arbitraria: quoniam pro vendicatione est, *leg. 1. fin. reg. Fac. leg. 4. §. 3. eod.* & quòd nomen arbitri in quæstione finium usurpatur.

Quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione] Ex actionibus præscriptis verbis duæ tantùm hic proponuntur, quæ sint bonæ fidei, actio æstimatoria, & quæ ex contractu permutationis competit. Unde rectè vulgò Interpretes conclu- 7
dunt, cæteras præscriptis verbis esse stricti juris. Cur duas illas placeat esse bonæ fidei, singularis ratio est, quam suggerunt, *l. 1. de æstim. act. l. 1. de contr. empt.* In illa, refert Ulpianus, dubitatum fuisse, cùm res æstimata vendenda datur, utrùm hæc conventio esset venditio, an locatio, an denique mandatum: qui contractus omnes cùm sint bonæ fidei, meritò quæ hic dubitationis tollendæ causa introducta est actio præscriptis verbis bonæ fidei censeri debet. In hac ostendit Paulus, tantam esse inter emptionem & permutationem affinitatem, ut Cassius & Sabinus existimaverint, permutatione rerum etiam emptionem & venditionem contrahi, & rem unam pretii, alteram mercis loco fungi: quæ rationes in aliis articulis, ex quibus nascitur actio præscriptis verbis, locum non inveniunt. Videsis *D. Bachov. disp. 6. de act. thes. 8.*

Hæreditatis petitio] Petitioni hæreditatis, cùm ea sit actio in rem, *l. 25. §. propon. de hæred. petit. l. 1. de rei vend.* non videtur convenire hæc quali- 8
tas, ut reputetur actio bonæ fidei: siquidem qualitas illa propria est actionum in personam, & earum ferè, quæ ex negotio mutuò gesto nascuntur; quale nullum geritur inter hæredem & possessorem hæreditatis. Atque haud dubiè hac ratione moti nonnulli Veterum eam à classe judiciorum bonæ fidei removerunt. Sed alii nihilominus eam inter bonæ fidei judicia numerandam esse censuerunt, propterea quòd in judicio petitionis hæreditatis res ad negotiorum gestorum naturam poximè accedit. Constat enim, possessori hæreditatis committi rerum hæreditariarum administrationem: unde fit, ut licèt petitio hæreditatis sit actio in rem, multas tamen habeat præstationes personales: ut puta eorum, quæ à debitoribus exacta sunt: item pretiorum rerum venditarum: item eorum, quæ possessor creditoribus solvit, vel in hæreditate impendit, *d. l. 25. §. antep. l. item veniunt. 20. l. planè 38. de hæred. petit.* quæ omnia quodammodò actione in personam, & veluti ex negotio gesto repeti videntur; unde etiam mixta personalis hæc actio appellatur, *l. 7. C. de pet. hær.* Posteriorem sententiam, quæ etiam plurium fuisse videtur, & jam ante recepta, *arg. l. 38. de hær. pet.* confirmavit Justinianus, *l. ult. C. eod.*

TEXTUS.

De rei uxoriæ actione in Ex stipulatu actionem transfusa.

29. *Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis: sed cùm pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis divi-*

divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus; meritò rei uxoriæ actione sublata, ex stipulatu actio, quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit: sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cùm ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

NOTÆ.

29. *Sed & tacitam hypothecam*] Quatuor singularia hic à Justiniano constituta. 1. Ut actio ex stipulatu mulieri detur; quamvis nulla stipulatio de dote reddenda interposita. 2. Ut actio illa in hoc casu sit bonæ fidei. 3. Ut adjunctam habeat hypothecam bonorum mariti, *d. l. un.* §. 1. 4. Ut ex hac causa mulier præferatur omnibus aliis creditoribus, quamvis antiquiorem hypothecam habentibus, *leg. ult. C. qui pot. in pign. Nov.* 97. *c.* 3. & 4.

Cujus solius providentia] His verbis excluduntur tantùm hæredes mulieris extranei, *d. l. un.* §. 6. Etenim privilegium dotis ad liberos transit, *d. l. ult. vers. exceptis. Nov.* 91.

COMMENTARIUS.

1 *Soluto matrimonio, quis, qua actione dotem olim repetebat; & quid hic novi à Justiniano.*

2 *Actio ex stipulatu quam ob causam plenior visa quàm rei uxoriæ.*

3 *Singularia, quæ circa actionem de dote ex stipulatu Justinianus constituit.*

4 *Iniquum plerisque visum, mulierem præferri expressam anteriorem hypothecam habentibus: & quid hic juris apud nos.*

5 *An liberi idem privilegium habeant, quod mater.*

SOluto matrimonio, dotis repetitio est, nisi convenerit, ut mortua in matrimonio mulie-
1 re, dos remaneat apud maritum, *leg.* 32. *de pact. dot.* Si mulier suo nomine dotem dederit, ipsi soli repetitio competit, *leg. un.* §. *accedit* 13. *C. de rei ux. act.* Idem est, si extraneus nomine mulieris, nisi statim stipulatus aut pactus sit dotem sibi reddi, *l.* 9. *in fin. C. de pact. tam sup. dot.* Profectitiam pater adjuncta filiæ persona petit, *l.* 2. §. 1. *solut. matr.* ipsa sola, si emancipata est, *l. si socer* 44. *eod. l. pater* 71. *de evict.* Mortua in matrimonio filia, sive emancipata, sive in potestate, solus pater jus petendi habet, *l.* 5. *in pr.* & §. 1. *l.* 6. *de jur. dot. l.* 12. *solut. matr. l.* 4. *C. eod.* Patre mortuo, dotis exactio filiæ manet: eaque mortua, ad hæredes ejus transmittitur, *d. l. un.* §. 4. & 6. Dotem adventitiam filia emancipata petit sola: filiaf. cum patre mortua filia apud maritum remanet: nisi, ut redderetur, convenerit, *d. l. un.* §. *accedit* 13. Quòd si pater dotem sibi reddi stipulatus sit, patris solius actio propria est, *d. l. un.* §. & *hoc* 14. Pro repetenda autem dote duplex jure veteri actio mulieri competebat, actio rei uxoriæ, atque insuper actio ex stipulatu, si quando dotem sibi reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior; hæc stricti juris, sed firmior, multisque in rebus plenior & utilior; quæ causa est, quòd Justinianus priorem sustulit, & quod in ea melius erat transtulit in actionem dotis ex stipulato, *d. l. un. Cod. de rei ux. act.* ubi constituit: Ut quamvis mulier dotem sibi reddi stipulata non fuerit, aut stipulata sit inutiliter; nihilominus perinde habeatur, atque si stipulatio revera & utiliter intervenisset: utique ex hac causa actio ex stipulatu, quæ jure communi stricti judicii est, bonæ fidei sit. Adjecit & de hypotheca, ne quid hic deesset mulieri ad omnem cautionem, *in pr.* §. 1. 2. *d. l. un.*

Una ex bonæ fidei judiciis] Antiqua rei uxoriæ seu de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat, *l. sed & si* 21. *de solut. matr.* ubi Ulpianus ait: Doli exceptionem inesse de dote actioni, sicut in ceteris bonæ fidei judiciis. Ex Cicerone quoque in *Top. & lib.* 3. *de offic.* discimus, in hujus actionis formula hæc verba usurpata fuisse: *Quantum æquius melius*. Cujus etiam vestigia existunt in *leg. penultim.* §. *ultim. solut. matr. leg. si cum* 82. *de solut.*

Pleniorem esse ex stipulatu] Actionem ex stipulatu ideo pleniorem fuisse dicit, quia nonnihil habebat præcipui, & quædam commoda, quæ non erant in actione rei uxoriæ. Nam si mulier dotem sibi reddi stipulata erat, non erat locus edicto *De alterutro*: dotemque simul & legatum sibi à marito relictum petere poterat, cùm absque stipulatione alterutrum tantùm ex edicto consequeretur, præsumente auctore edicti, legatum in compensationem dotis relictum, *d. l. un.* §. 3. *C. de rei ux. act.* Sed & quæ actioni rei uxoriæ obstabant exceptiones & retentiones, ob mores, ob res amotas, & donatas, & impensas, *l. rei* 15. §. 1. *solut. matr.* non obstabant, muliere agente actione ex stipulatu, *d. l. un.* §. *taceat.* 5. Ad hæc: stipulatione non interposita, dos adventitia, mortua in matrimonio muliere, apud maritum remanebat: actio autem ex stipulatu ad hæredes mulieris transmittebatur, *d. l. un.* §. *maneat* 4. & §. *illo* 6. Postremò rebus fungibilibus in dotem datis, etiam hoc commodum erat actionis ex stipulatu: quòd data quantitas hac actione statim exigi poterat, & restituenda erat, cùm in actione rei uxoriæ quantitatis repetitio dilationem haberet, ut demum annua, bima, trima die redderetur, *d. l. un.* §. *cum autem* 7. 2

Tacitam ei dedimus hypothecam] Quò pleniùs & certiùs mulieribus de dote consultum esset, 3 hoc etiam Justinianus constituit: Ut actio dotis ex stipulatu, quam pro rei uxoriæ actione introduxit, adjunctam haberet hypothecam omnium bonorum mariti, *d. l. un.* §. 1. & tandem ut in omnē even-

eventum securæ essent, etiam in hac ipsa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præerantur quamvis tempore prioribus, sive hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ult. Cod. qui pot. in pign.* adeòque, quod contextus legis & illa sexus muliebris miseratio evincit, perspicuèque apparet ex *Nov. 97. c. 2. & 4.* ut præferantur creditoribus non tacitam tantùm, sed etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus: quomodò & Doctores ultramontani Constitutionem Just. interpretati sunt, & noviss. *Ant. Mer. 3. controv. 9.* Sed quoniam hoc privilegium apertè iniquum est, utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera & cautione quæsivi, cæteri omnes æquissima interpretatione maluerunt hoc sic temperare: ut iis tantùm creditoribus noceat, qui tacitam itidem ut mulier & lege constitutam hypothecam habent, non etiam iis qui habent antiquiorem expressam, id est, eam, de qua sibi ipsi aperta con-
4 ventione prospexerunt. Ita *comm. DD. in d. l. ult. C. qui pot. in pign. & ad hunc §.* ut videre est apud *Ias. Zas. Gomez. hic Negus. de pign. p. 5. memb. 2. num. 23. Covar. 1. res. 7. nu. 1.* Et secundùm hoc temperamentum passim judicari solet, testib. *Schneid. nu. 58. Ant. Fab. Cod. suo qui pot. in pign. def. 16. Christ. vol. 4. dec. 159. nu. 8. Gail. 2. obs. 25. n. 10.* ubi disertè ait: Suo tempore ab hac opinione in Camera Imperiali nunquam recessum fuisse: quamquam contrarium judicium Cameræ affert *Myns. 4. obs. 13.* Apud nos, sicut pleraque alia jura, quæ de dote constituta sunt, locum non habent; ita nec ea quæ de tacita hypotheca constituit Just. Contendunt tamen nonnulli: si per pacta dotalia excludatur bonorum communio, vel constituatur, ut uxor sua bona recipiat, quæ contulit, tunc locum esse juri civili, & tunc etiam legalem hypothecam in bonis dotalibus locum habere, ut nempe in iis mulier præferatur. Cæterùm quomodò hic res se habeat, disces ex *Neostad. de pact. antenupt. obs. 9. 10. 21. Grot. 1. introd. c. 5. & 2. introd. c. 12.* Antverpiæ jus civile & privilegia dotis servantur sine ullo pacto.

Cùm ipsa mulier experiatur, cujus solius providentia] His verbis non excludit liberos mulieris, sed alios, qui dotem pro muliere dantes eam sibi reddi stipulati aut pacti sunt: itemque hæredes
5 mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex stipulatu mortua muliere transire voluit, *d. l. un. §. illo 6. C. de rei ux. act.* Liberis autem eamdem prærogativam, quam matri dedit, servari jussit, tanquam si mater adhuc viveret, *d. l. ult. vers. exceptis. C. qui pot. in pig. & Nov. 91.* Itaque rectè DD. comm. in *d. l. ult.* & cum iis *Gomez. in leg. 50. Taur. Christin. vol. 4. dec. 160. nu. 15.* concludunt: liberos eosdemque hæredes mulieris idem privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum si viveret, licèt id aliis hæredibus non competat, *Diff. Ant. Fab 8. conj. 13.* cui occurritur à *Bachov. lib. 4. de pign. c. 13. nu. 2.*

TEXTUS.

De potestate judicis in judicio bonæ fidei, & de compensationibus.

30 *In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti judici, ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo & illud continetur: ut si quid invicem præstare actorem oporteat; eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in stricti juris judiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra Constitutio easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, latiùs introduxit: ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque: excepta sola depositi actione, aliquid compensationis nomine opponi, sanè iniquum esse credimus, ne sub prætextum compensationis depositarum rerum quisquis ex actione defraudetur.*

NOTÆ.

30 *Libera potestas permitti judici*] Hinc est, quòd bon. fid. judicia passim appellantur arbitria, & judices additi arbitri; *l. 24. depos. l. 43. l. ult. fam. erc. l. 15. l. 17. C. eod. l. 18. comm. div. l. 38. pro soc.* Clc. & Sen. *ubi sup.*

In reliquum debeat condemnari] Aut si nihil reliquum, absolvi, *leg. 4. l. 11. C. de compens.* Nam compensatio est debiti & crediti inter se contributio, *leg. 1. D. eod.* Unde Græcis ἀντίλογος dicitur.

Opposita doli mali exceptione] Quæ initio litis contestanda erat. In bon. fid. verò judiciis admittebatur compensatio ipso jure, & citra exceptionem propriè dictam.

Nostra Constitutio] Extat in *leg. ultim. C. de compens.*

COMMENTARIUS.

1 *Causa liquida. Non liquidi ad liquidum cur non admissa compensatio.*
2 *Compensatione ipso jure actiones minui. Quid hoc, qua inde utilitas: & quid si quis compensatione usus non fuerit.*
3 *Rerum consumptibilium dumtaxat compensationem.*

EX eo quòd in bonæ fidei judiciis libera potestas judici est, omnia æstimandi ex æquo & bono: in strictis non item; natæ quotquot sunt inter hæc judicia differentiæ. Inter has & illas olim erat: quòd in bonæ fidei judiciis admittebatur compensatio à judice sola æquitate judicii, idque citra exceptionem propriè dictam, seu ipso jure. In judiciis autem stricti juris reus, cui quid

vicissim ab actore debebatur, necesse habebat, id propria actione petere, usque ad rescriptum D. Marci, ex quo & in strictis judiciis potestas compensandi admissa est, opposita doli mali exceptione. Cæterum Constitutione Justiniani jus compensandi latiùs introductum, atque ipso jure admissum, modò causa, ex qua compensatio objicitur, liquida sit, in actionibus omnibus, & tam in rem quàm in personam: duabus tantùm exceptis, quibus in totum noluit compensationem opponi, actione depositi, & omni actione qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur, *l. ult. C. de compens. l. pen. C. depos.*

Eo compensato in reliquum] Hæc effectum compensationis indicant: nimirum compensatio cùm sit debiti & crediti inter se contributio, *l. 1. de compens.* si compensato eo, quod invicem debetur, nihil superfit utrinque quod debeatur, absolvi reus debet; sin supersit quod reus debeat, in id solum quod reliquum est condemnari. Unde compensatio utrinque pro soluto haberi dicitur usque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur, *l. 4. C. eod.*

Opposita doli mali exceptione] Itaque post rescriptum D. Marci manebat adhuc illa inter judicia bonæ fidei & stricti juris differentia, quòd in his compensatio inducebatur ope exceptionis: quæ proinde initio litis contestanda erat, non contestata, frustra postea objiciebatur. In illis autem compensatio admittebatur ipso jure & citra ullam exceptionem propriè dictam; quod quale sit, postea audiemus.

Quæ aperto jure nituntur] Id est, quæ ex causa
1 liquida objiciuntur. Causam liquidam interpretamur, cùm apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit. Id ita fit: si causa debendi & justa est & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expeditè probari possit, *Cacheran. decis. Pedemon. 229. n. 13. Menoch. 2. arb. cent. 1. cas. 14.* ubi in hac re judicis arbitrio nonnihil tribuendum existimat. Non liquidi cum liquido compensationem admitti Justinianus noluit, sed tum alii judicio rem reservari jussit, ne creditori fiat injuria, si debitori, qui initio tacuit, postquàm jam convictus aut penè convictus est, permittatur confugere ad defensionem compensationis ex causa, de qua non liqueat, & quæ altiorem indaginem requirat, *d. l. ult.* Vide tamen *Christin. vol. 1. dec. 231. vol. 3. dec. 38. n. 8.* Sanè & si causa, ex qua compensatio objicitur, liquida non sit; si tamen reus initio litis compensationem per modum exceptionis opponat, eamque contesteur, audiendus est: nam ad hunc casum Constitutio non pertinet, ut benè *Dom. hic, Zanger. p. 3. de exc. c. 8. n. 104.* quorum argumentis nihil solidi ab aliis teponitur, adde quæ nos *lib. 1. select. q. c. 50.*

Actiones ipso iure minuant] Hoc non ita accipiendum est, quasi debitor liberetur compensatione sine facto suo, id est, non opposita defensione compensationis: nam cùm judex divinare non possit, an actor vicissim quid debeat, à reo utique hoc allegandum est, petendumque, ut compensatio admittatur: quæ tamen allegatio propriè exceptio non est, licèt ita vulgò appelletur; nam allegandæ compensationi quævis tempora idonea sunt ante executionem judicati, *leg. 2. C. eod.* sed species defensionis, quæ actoris intentionem repellit negatione juris, qualis est allegatio solutionis, acceptilationis, novationis, &c. *vid. inf. tit. de except.* Sed ita opposita & admissa compensatione, statim ipso jure actionem tolli aut minui, reumque retroversus ipso jure usque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, ex quo utrinque deberi cœpit, *l. 4. C. eod.* Quod nosse, cum ad alias res apprimè utile est, tum ad accessiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore sublatæ esse intelliguntur, puta fidejussores, pignora, usuræ, *l. 4. ff. d. l. 4. l. invicem 12. C. eod.* Itaque cùm alter pecuniam gratuitam, alter sub usuris debet; concurrentis utrinque quantitatis usuræ non præstantur, *l. cum alter 11. eod.* Quæcumque autem vis est compensationis, ea constituta est debitori, qui compensatione usus est, *l. 2. l. 5. eod.* sin minùs, salva ei manet vetus petitio: nec creditor, qui totum petit, malè petisse videtur. Unde judicatum est interim, etiam actionem à creditore alii cedi posse eo effectu, ut quæ cedenti poterat objici compensatio, ea objici non possit cessionario, utique causam onerosam habenti, & actione utili suo nomine experienti, *Christ. vol. 1. dec. 252. Ant. Fab. Cod. suo de compens. defin. 3. fac. leg. 4. §. 28. 29. & 31. l. 5. §. pen. de dol. mal. except.* adde eund. *Anton. Fab. 12. Conject. 9. Nal vel.*

Sive in rem sive in personam] Ponendi tamen sunt termini habiles, nempe si res, de quibus compensandis & inter se contribuendis agitur, compensationem & mutuam contributionem admittant. Tales autem sunt illæ, quæ pondere, numero, mensura constant: quod vel ipsum nomen compensationis indicat, quo nihil aliud significatur quàm debitæ invicem pecuniæ aut quantitatis contributio, & apertè ostendit *d. l. 4. C. de compens. fac. text. in leg. 18. de pign. act. l. 22. de compens.* Denique si in aliis rebus, quàm quæ functionem in genere recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licet, quàm aliud pro alio invito creditore solvere; quippe cùm compensatio non alia de causa debitorem liberet, quàm quia pro solutione est, *d. l. 4. C. de comp. junct. l. 2. §. 1. de reb. credit.* Cùm itaque quantitatis tantùm cum quantitate seu pecuniæ cum pecunia compensatio fit, consequens omnino est, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multòque minùs speciem cum specie; & quod Justinianus generaliter hic constituit: Compensationem in omnibus actionibus opponi posse, sic perpetuò erit accipiendum, ut in actionibus tum in rem tum in personam, quibus certa species petitur, ita demum compensationi locus sit, si pro re pecunia præstari debeat; ut accidit; cùm re dolo aut culpa debitoris amissa aut dete-

deteriore facta, æstimatio ejus deberi cœpit. Quod & vulgò rectè probatum est, ut alibi demonstrabimus: nam & huic argumento proprium destinavimus tractatum. Duo omnino sunt, quibus agentibus compensatio objici non potest; fiscus & Respublica: sed certis dumtaxat in causis ad publicam utilitatem pertinentibus; quæ comprehensa sunt *l. 3. C. de compens. l. aufertur, 46. §. ut debitoribus 5. de jur. fisc. l. ob negotium 20. ff. de compens.*

Excepta sola depositi actione] Quam ideò excepisse videtur, ne mora ulla interponeretur reddendi depositi, quod solius custodiæ causa datur, donec visum erit deponenti repetere. *In l. ult. C. de compens.* excipit actionem, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur: quæ sanè species nullam aut retinendi aut compensandi probabilem causam habet. Cujacius excipit & actionem commodati; per *l. ult. C. commod.* ubi dicitur: Prætextu debiti restitutionem commodati, id est, rei commodatæ, non probabiliter recusari. Sed hoc non obstat, quò minùs dicamus, iisdem conditionibus, de quibus suprà, locum esse compensationi etiam in actione commodati, *Don. hic n. 10.*

TEXTUS.

De actionibus arbitrariis.

31. *Præterea actiones quasdam arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes appellamus: in quibus nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat; condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quàm in personam inveniuntur. In rem; veluti Publiciana; Serviana de rebus coloni; quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam; veluti quibus de eo agitur; quod vi aut metus causa, aut dolo malo factū est. Item cùm id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus & cæteris similibus permittitur judici, ex bono & æquo secundùm cujusque rei de qua actum est, naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

NOTÆ.

31. *Præterea*] Id est, præter actiones modò memoratas, bonæ fidei, & stricti juris; *l. 5. de in lit. jur. l. 3. §. 1. de usur.*

Ex arbitrio judicis pendentes] Nam si reus arbitrio judicis paret, absolvitur: si non paret, condemnatur: & plerumque graviùs atque in aliud, quàm quod facere jussus erat; *leg. 14. §. 1. quod met. ca. l. 46. & seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.*

Vel ex noxali causa] Puta si adversùs dominum noxaliter agatur ea actione, quæ & ipsa arbitraria esset, si cum domino ageretur directò: puta quod metus causa, aut de dolo. Don. n. 12.

Quod certo loco] Hæc alia longè ratione arbitraria dicitur, quàm cæteræ: quippè quæ origine sua est stricti juris; sed ex accidenti, quod alio loco intentatur, fit arbitraria; & ideò sic appellatur, quia arbitrio judicis æstimandum permittitur, quanti litigatorum intersit, potiùs solvi loco constituto; *leg. 2. quod cert. loc. §. 33. vers. loco plus petitur, inf. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones arbitrarias constituere tertium genus planè diversum à superioribus.*
2 *Ex quo fit, quòd actio De eo quod certo loco arbitraria, &c.*
3 *Cæterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis.*
4 *Hoc in genere duplicem intervenire sententiam: mores hodierni.*
5 *In ea Quòd certo loco una sententia rem transigi.*
6 *Rectène noxales inter arbitrarias numerentur: saltem interdum.*
7 *Inter arbitrarias esse & rei vendicationem, & confessoriam, &c.*
8 *Actiones quædam arbitrariæ hic non nominatæ.*
9 *Bonæ fidei & arbitrariarum discrimen.*

INterpretes vulgò existimant, non proponi hìc novum & tertium actionum genus, quod sit distinctum à superioribus, & earum quæ neque bonæ fidei sint, neque stricti juris. Sed actiones arbitrarias ad unum è duobus istis generibus referendas: esse enim ex eo genere, quæ stricti juris appellantur, seu esse speciem actionum stricti juris, ac proinde bipartita illa divisione, quæ proponitur; *§. actionum 28. sup.* contineri, *Perez, &* 1
Corvin. in erotematibus. Nos autem contra putamus, actiones arbitrarias tertium genus constituere planè sejunctim à superioribus: ut quæ sunt hujus generis, neque sint bonæ fidei, neque stricti juris. Tale utique hoc genus apertè hìc statuit Justinianus, cùm ait: *Præterea esse quasdam actiones, quas arbitrarias appellamus.* Nam illud *Præterea* non aliud valet quàm præter superiores; ut intelligamus, præter modò memoratas actiones bonæ fidei & stricti juris, esse & tertium genus earum, quæ dicuntur arbitrariæ. Quòd si Veterum auctoritas quæritur, non obscurè Marcianus in *l. 5. de in lit. jur.* actiones arbitrarias ab utraque superiore specie sejungit. Nam cùm initio dixisset: In actionibus in rem, & ad exhibendum, & in bonæ fidei judiciis in litem jurari; subjicit in calce per adversativam: *Planè interdum & in actione stricti judicii in litem jurandum.* Apertè declarans, actiones in rem & ad exhibendum, quas à bonæ fidei judiciis anteà distinxerat, nec stricti juris esse: sunt autem hæ arbitrariæ; ut mox audiemus.

Sed

Sed & Papinianus tria hæc genera distinctè posuit, & multò etiam apertiùs *in l. 2. §. 1. de usur.* ubi ita scribit: *In his quoque judiciis, quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est.* Et igitur ex sententia quoque Papiniani tria hæc judicia planè diversa sunt, arbitria, bonæ fidei, & quæ neutrum horum sunt, quæ dicuntur stricti juris. Quid quòd arbitrariæ actiones propiùs accedunt ad naturam bonæ fidei actionum quàm ad actiones stricti juris? nam & in arbitrariis permittitur judici facultas æstimandi ex æquo & bono, quemadmodum actori satisfieri oporteat, *in fin. hujus* §. & in his similiter ut in bonæ fidei judiciis juratur in litem; *l. 5. de in lit. jur.* ut si alterutri speciei aggregandæ sint, potiùs referendæ videantur ad classem judiciorum bonæ fidei, quàm stricti juris: quod tamen & ipsum admittendum non est, & neutra harum qualitatum usquam actionibus in rem tribuitur: quæ tamen magnam partem arbitrariraum constituunt, ut vel bonæ fidei dicantur, vel stricti juris: quippe quæ qualitates non aliis actionibus, quàm quæ in personam sunt, competunt, & maximè iis, quæ ex conventionibus descendunt. Illud autem, quod aiunt: Actiones arbitrarias natura sua & origine esse stricti juris; ex accidenti autem esse, quòd in his arbitrio judicis condemnatio fiat, falsum est, præterquàm in actione De eo quod certo loco, quæ à cæteris toto genere distat, ut paulò post apparebit.

2 *Ex arbitrio judicis pendentes*] Actiones arbitrariæ sunt, quæ à judicis arbitrio pendent, unde & nomen acceperunt. Et pendent quidem omnes ex arbitrio judicis, sed non omnes eodem modo: longèque alia ratione actio De eo quod certo loco dari oportet, arbitraria atque ex judicis arbitrio pendere dicitur, quàm reliquæ, quæ idem nomen habent. Nimirum, ut duæ sunt causæ inter se diversæ, ob quas actio dicitur arbitraria; ita etiam duo sunt actionum arbitrariarum genera, iisdem causis inter se distincta. Nam quædam ex eo arbitrariæ dicuntur, quòd in iis tota condemnatio ex arbitrio judicis pendet. Quo in genere sunt actiones, quæ sunt De eo quod certo loco dari oportet, sive ex causa stipulationis, sive quia ita cautum testamento, vel quia mutua pecunia sic data, ut certo loco redderetur, *l. 1. l. 5. & l. 6. de eo quod cert. loc.* Ex his enim causis cùm alio loco agitur, permitti ur arbitrio judicis æstimandum, quanti litigatorum intersit constituto potiùs loco solvi, quàm eo, in quo agitur: ut si rei intersit, minuatur: si actoris, augeatur condemnatio, *l. 2. pr. & §. ult. d. tit. l. un. C. ubi conv. qui cert. loc.* Formula judicii hæc fuit: *Si paret, Titium decem Capuæ dare oportere, neque in eo loco pecuniam suo tempore solvisse, judex arbitratu tuo condemna.* Hujus generis arbitrariæ natura sua & origine sunt stricti juris, sed ex accidenti, quòd alio loco intentantur, quàm in quo dari debuit, novam qualitatem induunt, quæ ex strictis eas arbitrarias facit. Cæteræ, quæ arbitrariæ dicuntur, diver-
3 sam naturam & rationem nominis habent. Hæ enim ideò sic appellantur, quia earum hoc proprium est, quòd in iis, antequàm procedatur ad sententiam definitivam, ad condemnationem, vel absolutionem, judex tamquam arbiter honorarius interloquitur, jubens reum aliquid facere convenienter naturæ actionis institutæ; ex quo porrò jussu seu arbitrio pendet actionis exitus, absolutio scilicet aut condemnatio. Nam si huic arbitrio reus paret, absolvitur: si non paret, condemnatur: & quidem graviùs atque in aliud, quàm quod facere jussus erat, in pœnam contumaciæ. Ut ecce in actione Quod metus causa, probato metu, jubetur reus rem, quæ metu extorta dicitur, restituere: si jussui judicis non paret, condemnatur in quadruplum, *l. item si 14. §. 1. & deinceps, quod met. caus.* In judicio rei vendicationis, probato dominio, jubetur possessor rem item restituere: si per contumaciam non restituit, aut dolo fecit, quominùs restituere possit, condemnatur quanti adversarius in litem juraverit, *l. ejus rei 46. cum l. seq. de rei vend. l. §. 18. de in lit. jurand.* Idem fit in actione ad exhibendum, si jussus exhibere non exhibeat; *l. 3. §. 2. ad exhib.* Formula judicii in rei vendicatione talis fuit, ut ex *Cic. 4. in Verr.* discimus: *Si paret, rem, qua de agitur, Titii esse, & ea res arbitrio tuo non restituatur; judex, condemna.* Condemna scilicet in aliud, & tanti, quanti res æstimata erit jurejurando actoris. Itaque in posteriore hoc genere duplex sententia intervenit: una interlocutoria; jussus seu
arbitrium de restituendo vel exhibendo: altera 4
definitiva, litem terminans absolutione aut condemnatione, prout reus præcedenti arbitrio paruerit aut non paruerit; quæ Veteribus absolutè sententia dicitur. Atque, ut antè diximus & probavimus, ubi reus est contumax, in aliud & gravius quid condemnatio fit, quàm quod arbitrio continetur: puta vel in quadruplum, ut actione Quod metus causa: vel in id, quanti res æstimata fuerit jurejurando actoris, ut in cæteris hujus generis. Nam quòd aliquando etiam in casu contumaciæ ultra non proceditur, sed arbitrium transit in sententiam definitivam, & mandatur executioni, *l. qui restituere 68. de rei vend.* extraordinarium est, *argum. leg. finita 15. §. ubi autem 23. de damn. inf. leg. 1 §. 2. si ventr. nom. mul. in possess.* quamquam moribus nostris convenit, quibus semper in rem petitam fit condemnatio & executio. Sed neque arbitrium præcedit, aut possessor victus jubetur interloquente judice rem restituere: verùm statim definitivè condemnatur, *art. 172. Instr. Cur. Holl. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 7. ca. 1.* In priore autem genere res una senten-
tia transigitur, ut in aliis ferè actionibus, id est, 5
nullo jussu judicis præcedente, ex quo sententia pendeat. Arbitratur quidem judex & in actione De eo quod certo loco, sed tunc, cùm profert sententiam, nec tam quid reus faciendum habeat, quàm quid ipse pronuntiandum ac postea exequendum. Non obstat, quod ait Ulpian. *l. 4. §. 1. de eo quod cert. loc.* Interdum judicem, qui ex has actione cognoscit, cùm sit arbitraria, absolve-

re

re reum debere, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Nam hoc singulare est, & extra casus illic propositos vix locum habet: neque jubetur ea cautio interponi per modum arbitrii aut jussus, cui si non pareatur, reus graviùs condemnetur: sed ad postulationem ipsius rei mero judicis officio æquitatem ante oculos habentis; efficitque tantùm ut actor remittatur ad locum constitutum; *Ant. Fab. decis. 90. err. 2.* Hæc notanda fuerunt, propterea quòd Justinianus species sive exempla utriusque generis confusim proposuit.

Nisi arbitrio judicis satisfaciat] Ita hìc loquitur, quasi omnium actionum arbitrariarum hoc commune sit, quòd in iis judex, priùs quàm sententiam ferat, arbitretur sive jubeat reum aliquid facere; quod tamen quarumdam dumtaxat est proprium, & non pertinet ad actiones arbitrarias, quæ sunt De eo quod certo loco ut superiùs demonstratum est.

Vel ex noxali causa] Inter actiones arbitrarias numeratur hic & actio noxalis, id est, ea, quæ ex maleficio servi adversùs dominum competit, ut is damnatus aut litis æstimationem sufferat, aut servum noxæ dedat; *inf. de noxal. act.* In quo quidam putant, iterum errare Tribonianum: nam actiones noxales inter arbitrarias referri non posse; quoniam in his neque condemnatio arbitrio judicis committitur, ut in actione De eo quod certo loco: neque arbitrium aliquod judicis interponitur, unde pendeat sententia, ut in cæteris; sed judici præscribitur jure, quam sententiam ferat: nimirùm ut postquam probatum est, servum noxam commisisse, dominum condemnet in decem, aut servum noxæ debere. Quod cùm statim & conjunctim facere jubeatur; judici hìc adimi omnem arbitrii interponendi facultatem, cui parendo liceat condemnationem evitare. Nos tamen excusare Tribonianum malumus: hoc scilicet colore, quasi non ideò actiones noxales inter arbitrarias numeraverit, quòd putarit, eas semper esse arbitrarias; sed quia tales sunt interdum. Et sanè ita res habet, (quicquid in contrarium disputet *Ant. Fab. dec. 92. err. 5. & 7.*) interdum noxalis actio non est arbitraria; interdum talis est. De quo sic habendum. Ex quibus causis directa, seu ea, qua dominus ex suo maleficio convenitur, arbitraria non est; ex iisdem causis nec
6 noxalis arbitraria erit: & contra, qua ex causa directa est arbitraria, ex eadem causa noxalis quoque talis erit. Etenim actio noxalis non est propria species actionis; sed actionis ex delicto adjectio; cujus adjectionis hic tantùm effectus est, ut liceat domino deditione corporis quod deliquit, evitare litis æstimationem, *l. 1. de noxal. act.* Et cùm igitur actiones hæ, furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, injuriarum, si ex maleficio domini adversùs dominum agatur, arbitrariæ non sint, nec arbitrariæ erunt, si dominus his noxaliter conveniatur nomine servi. Ratio est: quia in noxali actione eadem domini condemnatio est, quæ in directa; nisi quòd in noxali hæc disjunctio est, ut dominus solvat, aut servum noxæ dedat; at hoc fit simul & conjunctim, nullo præcedente de noxæ deditione arbitrio. Ex diverso cùm actio Quod metus causa, & actio De dolo sint arbitrariæ, cùm adversùs aliquem directò & nomine suo intenduntur; etiam arbitrariæ erunt, cùm intentantur nomine servi noxaliter: quod fieri posse constat; *l. quod diximus 16. quod met. ca. l. 9. §. penult. de dol.* Tantùm arbitrium judicis, quod in actione directa continet solummodò jussum de re restituenda, in noxali adjunctum habebit jussum de servo noxæ dedendo sub disjunctione: ut dominus rem restituat, vel servum noxæ dedat: ut si neutrum horum fecerit, sequatur condemnatio, qualia in actione directa. Ita & *D. Duar. de in lit. jur. num. 47. D. Donell. hic num. 12.*

Veluti Publiciana, Serviana] Duas profert species actionum in rem, Publicianam & Servianam seu hypothecariam; quas arbitrarias esse declarat. De hypothecaria etiam est textus in *leg. si fundus 16. §. 3. de pignor.* An igitur hæ solæ in hoc genere sunt arbitrariæ? Nequaquam. Nam vel maximè arbitraria censenda est actio in rem civilis, sive rei vendicatio: quippe in qua præcipue arbitrium judicis de re restituenda locum habet: & re non restituta; ea quam supra diximus, in juratam litis æstimationem condemnatio; *leg. ejus rei 46. cum leg. seq. de rei vendic. l. 5. & leg. 8. de in lit. jur. leg. ultim. de fidejuss.* nisi quòd interdum, & extra ordinem nimirum, ipsum arbitrium executioni mandatur, & res possessori aufertur, juxta *leg. qui restituere 68. de rei vendic.* Quod enim Ulpianus ibi ait de re æstimanda jurejurando in litem, eo casu, quo reus dolo fecit, quò minùs rem restituere possit: id non ita accipiendum est, quasi hoc solo casu locus esset jurejurando in litem; sed quòd isto casu jusjurandum illud sit necessarium: cùm in casu priùs posito, ubi res penes contumacem est, possit etiam non jurari, & desiderante actore res auferri manu militari. Sed & si quæ sunt aliæ in rem actiones, sive civiles, ut confessoria & negatoria; sive prætoriæ, ut rescissoria: omnes arbitrariæ habendæ; quoniam omnes eamdem æquitatem arbitrii & restitutionis admittunt eumdemque exitum condemnationis habent; ut significatur regula generali tradita in extremo *d. l. qui restituere*. Itaque malè nonnulli hinc removent ipsam rei vendicationem, eamque collocant inter actiones stricti juris; quod vel ex sola formula hujus judicii intelligi potest. In summa: omnes in rem arbitrariæ, excepta petitione hæreditatis, quam placuit esse bonæ fidei: & ideò licèt & ipsa eadem recipiat, quæ reliquæ in rem; tamen non dicitur arbitraria, quia bonæ fidei potestate hoc habet, non arbitrii conditione, à qua sola dicuntur actiones arbitrariæ.

Quod metus causa, aut dolo malo] Actionem Quod metus causa arbitrariam esse, etiam Ulp. scribit *in l. item si 14. §. hac autem actio 4. quod met.*

mot. ca. Idem de actione de dolo tradit *Paul. in l. arbitrio 18. de dol.*

Quod certo loco] Hæc actio cur arbitraria dicatur, & quantum à cæteris distet, superiùs expositum est.

Ad exhibendum] Actionem ad exhibendum esse ex numero arbitratiarum, palam est: quoniam in ea quoque fit idem quod in superioribus. Nam postquàm actor docuit, sua interesse rem exhiberi, jubetur reus exhibere: nisi exhibet, condemnatur, quanti actor in litem juraverit; *l. 3. §. 2. ad exhib. l. 2. §. 1. l. 5. in pr. de in lit. jur.* Juratur autem hìc, non quanti æstimetur ex affectu res, quæ exhiberi postulatur; sed quanti damnum, quod negata exhibitione oritur.

Et cæteris similibus] His verbis significat, non eas solas actiones, quas nominavit, arbitrarias esse; sed esse plures hujus generis, quæ hic recensitæ non sunt. Ex actionibus in rem in numero arbitrariarum tantùm posuit duas prætorias; Publicianam, & hypothecariam: sed addita particula *Veluti*; ut intelligeremus: præter eas, quas memorat, & alias ex eodem genere arbitrarias esse; nos autem tales esse ostendimus, quotquot sunt in rem, sive civiles sint, sive prætoriæ. Ex iis, quæ sunt in personam, præter eas, quæ hìc nominan-
8 tur, arbitraria est actio rerum amotarum; *l. 8. §. 1. de act. rer. amot.* Ejusdem quoque generis est actio Calvisiana; *l. 5. si quid in fraud. patr.* item Pauliana, *arg. l. 8. l. 10. §. & fructus 20. quæ in fraudem cred. Ant. Fab. dec. 93. err. 5. & 6.* Actio ex edicto de publicanis, *l. 1. in pr. l. 5. de publican.* Denique arbitrariæ habendæ quotquot sunt in personam ad restituendum, dum non sint bonæ fidei. Planè in actionibus quoque bonæ fidei, quæ sunt ad restituendum; quales sunt commodati, depositi, locati, pignoraritia; eodem modo quo in arbitrariis res transigi solet: ut priùs interponatur arbitrium de re restituenda: & nisi arbitrio paritum sit, jurejurando actoris lis æstimetur; *l. 3. §. 2. commod. l. 1. §. in depositi 26. depos. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Sed tamen non ideò dicendæ sunt arbitrariæ: quoniam id non sola conditione arbitrii, ut illæ quæ arbitrariæ appellantur, sed potestate bonæ fidei habent: quæ cùm omnem speciem æquitatis complectatur, etiam hanc ipsam restitutionis & arbitrii continet. Arbitrariæ verò hanc unam ferè speciem æquitatis habent, ut arbitretur primò judex fieri, quod conveniat naturæ actionis institutæ; post deinde condemnet, si arbitrio non pareatur. Atque hinc explicandum, quod est in extremo hujus §. *Permittitur judici ex bono & æquo, &c.* Natura actionum bonæ fidei satis prolixa est *Costal. in l. 7. de eo quod certo loco*. Inter arbitrarias perperam *Pacius in not. & D. Perez in erotemat.* collocant actionem redhibitoriam: magis enim est, ut hæc bonæ fidei sit, *l. 11. §. 3. de act. empt.* ubi disertè Jurisconsultus ait: Redhibitionem judicio empti contineri.

TEXTUS.

Quinta divisio, de incertæ quantitatis petitione.

32. *Curare autem debet judex, ut omnino, quantum possibile est, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.*

NOTÆ.

32. *Quantum possibile est*] Interdum enim natura rei id non patitur: veluti si plures res disjunctim vel generaliter promissæ petantur: nam judex non potest electionem, quæ hìc reo competit, ei adimere, in unam certam rem eum condemnando.

De incerta quantitate] Puta de eo, quod interest, cujus quantitas est incerta; *§. ult. sup. de verb. obl. l. 68. eod. l. 24. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur placeat, sententiam sine certa re aut quantitate prolatam non valere.*
2 *Certitudo sententiæ unde metienda.*
3 *Quibus casibus fiat, ut certa sententia ferri nequeat.*
4 *Etiam in petitione incerta certam debere ferri sententiam.*

PRæceptum generale pertinens ad omnes actiones & judicia, sive bonæ fidei aut arbitraria, sive stricti juris, & sive certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita judex pronuntiare debet, ut sententia sua finem liti imponat, & controversiam dirimat, *l. 1. de re jud.* Etsi autem hoc semper fit cùm reus absolvitur; non fit tamen semper cùm condemnatur, nisi condemnetur in certam rem aut quantitatem: sive, quod idem valet, nisi certa sententia feratur. Etenim cùm ex conceptione sententiæ non apparet, quid quantumque præstandum sit, de quo quærebatur; tantum abest, ut tollatur controversia, ut ea etiam augeri possit. Et ideò meritò placuit, hujusmodi sententiam ipso jure nullam esse, nec rei judicatæ auctoritate censeri; *l. pen. & ult. Cod. de sentent. quæ sin. cert. quant. Don. num. 2. & seq. Schneid. num. 22. Mynsi. num. 3. & comm. DD. hic.* Enimverò certitudo sententiæ non ex eo solo metienda, quòd judex certam rem aut quantitatem in condemnatione verbis expresserit; sed etiam ex eo quòd se referat ad certum locum aut tempus, vel ad quantitatem antea determinatam vel denique ad certum instrumentum; veluti si dicat; *Solve quod petitum est*, referens se ad certam partem actorum; atque ex actis constet, qui quantumve petitum; aut: *Solve quod illis codicillis continetur*, cùm codicilli in judicio essent prolati; *l. 5. §. 1. & ibi DD. l. in sententiis 59. §. 1. de re jud. l. pen. C. de sent. quæ sin. cert. quant. Christ. vol. 4. decis.*

decis. 94. *nu.* 10. Sed etsi dixerit: *Solve quod debes*, nec ad certam partem actorum se expressè retulerit; nihilominus tamen plerique existimant valere sententiam, & ex parte actorum, quæ probationes continet, certitudinem recipere, quasi tacitè ad eas se retulerit eas approbans pronuntiando; atque ita restringunt *text. in l. quid tamen* 21. §. 3. *de reb. arb.* Sin verò id ex actis probatoriis non appareat; tunc hujusmodi sententiam non valere, etiamsi certa quantitas libello comprehensa sit: nam cùm jus vetet ex assertione partis sententiam ferri; credibile non esse, judicem se eò referre voluisse; *vid. Zas. in l.* 5. §. *t. de re jud. Mynf. hic n.* 12. *Schneid. n.* 24. *Mathesilan. sing.* 141. & qui omnium accuratissimè distinguit, *Pet. Barbos. ad tit. ff. solut. matr. p.* 5. *rubr. n.* 47. Est ergo notandum: numquam sententiam à libello recipere interpretationem, nisi ad eum expressa habita sit relatio.

Quantum possibile est] Hoc ideò addit, quia interdum rei petitæ natura non patitur, ut certa sententia ferri possit; atque eo casu procul dubio incerta valere debet; veluti cùm plures res disjunctim vel generaliter promissæ petuntur.

1 Cùm enim in his rei petitæ præstatio pendeat ex electione debitoris; §. *seq. versf. huic autem*, & *seq.* non potest judex hanc ei adimere, in unam rem certam eum condemnando. Idem admittendum esse, & sententiam incertam valere, censent DD. in actione universali: qualis est petitio hæreditatis, & actio familiæ erciscundæ: item & maximè quando super accessionibus, puta fructibus & expensis petitis, sententia fertur; eoque jure utimur; *Christ. d. decis.* 94. *num.* 11. *vid. plenè Io. Fab. hic, n.* 12. & *seqq.* Non idem est in actionibus generalibus: puta tutelæ pro socio, negotiorum gestorum. In quibus quidem incerta petitio admittitur; sed quia in his res ante sententiam declarandæ sunt; juxta *l.* 2. *C. de judic. Christ. d. loc.*

2 *n.* 6. certa hic sententia ferri debet. Quod quomodò procedat, post *Io. Fab.* & *Plat.* docet *Schneid. hic n.* 14. & *n.* 30. Excipit Accursius & judicia noxalia: sed eo nomine meritò reprehenditur: quoniam facultas noxæ dedendi est à lege; *l.* 6. §. 1. *de jud.* quod & ipse alibi agnoscit, §. 1. *inf. de off. jud.*

Etiam si de incerta quantitate] Additum potissimè propter obligationes faciendi, in quibus si factum non sit quod fieri debuit, obligatio & petitio est in id quod actoris interest; *l. si quis* 13. §. 1. *de re jud. l. si pœnam* 68. *l. stipulatione* 72. *de verb. obl.* §. *ult. sup. eod. tit.* Hoc igitur vult Justinianus: etsi id quod interest, petatur, cujus quantitas incerta est; *d. l. si pœnam de verb. obl. l. quatenus* 24. *de reg. jur.* nihilominus tamen certam sententiam ferendam; ut judex priùs cognoscat, quanti intersit actoris, & quantum id esse cognoverit, tantum sententia sua complectatur, in eamque summam reum condemnet: quod etiam fieri debere satis apertè præcipitur *in l. un. C. de sent. quo pro eo quod int.* Nec metuendum, ne hic judex videatur reum in aliam rem condemnare, quàm quæ petita est, contra quàm cautum *l. ult. C. de fideic. lib.* Nam quemadmodum scitè à Veteribus dictum est: Eum, qui frumentum ex spicis excutit, non novam speciem facere; sed eam, quæ est, detegere, *l. adeò*, §. *cum quis* 7. *in fin. de acq. rer. dom.* ita & judex, cùm certam summam dicit ejus, quod interest, non aliam rem dicit, sed eam, quæ petita est, & quam actor intelligi voluit; explicatius *Don. hic n.* 5. Vulgò autem respondent: Incertum & certum esse qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & sententiam, *Mynf. hic n.* 4. Porrò & aliàs, quamvis incerta sit petitio; certa tamen sententia quoad fieri potest ferenda est: ut in actionibus generalibus, veluti pro socio, tutelæ, negotiorum gestorum, uti jam ante dictum est. In actione quoque arbitraria deest. Quod certo loco, & quodammodò etiam in actionibus bonæ fidei; atque adeò in cæteris quoque arbitrariis incertum in petitionem deduci videtur, propterea quòd in his omnibus judici permittitur ex bono & æquo æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat: sententia tamen semper certa esse debet.

TEXTUS.

De pluris petitione.

33. *Si quis agens intentione sua plus complexus fuerit, quàm ad eum pertineat; causa cadebat, id est, rem amittebat: nec facilè in integrum restituebatur à Pratore, nisi minor erat* 25. *annis. Huic enim sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat: ita & in hac causa succurri solitum erat. Sanè si tam magna causa erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori* 25. *annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint; quæ efficiebant, ut plus petiisse videretur petitor quàm dodrantem; atque ideò lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, & causa. Re, veluti si quis pro decem aureis, quæ ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majorem partem, suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardiùs solvit, quàm solvere deberet, minus solvere intelligitur: eadem ratione qui præmaturè petit, plus petere videtur. Loco plus petitur; veluti cùm quis id, quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit sine*

con-

commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est. Verbigratia, si is, qui ita stipulatus fuerit, Ephesi dari spondes? *Romæ purè intendat, sibi dari oportere. Ideò autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam haberet promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur; in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur; veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, in quo ut sibi detur, stipulatus est, pura actione rectè agit. Idque etiam Prætor demonstrat; scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus est, qui causa plus petit: ut ecce, si quis ita à te stipuletur,* Hominem Stichum, aut decem aureos date spondes? *deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideò autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis, promissoris est electio, utrum pecuniam, an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario; & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii verò sui deteriorem. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut qui intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Præterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, & specialiter Stichum petat: aut generaliter vinum stipulatus sit, & specialiter Campanum petat: aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat; plus petere intelligitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere, quàm quod peteretur. Quin etiam licèt vilissimum sit, quod quis petat; nihilominus plus petere intelligitur: quia sæpè accidit, ut promissori facilius sit, illud solvere, quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in usu fuerant: postea verò lex Zenoniana & nostra rem coarctavit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum; quid statui oporteat, Zenonis divæ memoriæ loquitur Constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum; id omne, si quod fortè damnum ex hac causa acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commissa triplici condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.*

NOTÆ.

33. *Atque ideò lege Falcidia*] *l. 73. §. ult. ad leg. Falc. l. 1. §. 5. quod legat.* Rectior erit sententia, si legamus: *Ideò quod lege Falcidia legata minuuntur.* Hotom.

Vel ante conditionem] Quæ modò efficiat, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit ante agendo plus peti; veluti si quis dare promiserit, si morietur. Aliàs pendente conditione petens, non malè aut perperam agere dicitur, sed nihil agere; *l. un. in fin. quand. di. ususfr. l. 36. de solut.*

Arbitraria actio proponitur] Quæ quam ob causam introducta sit, docet Cajus *leg. 1. de eo quod certo loc.*

Ratio utilitatis, quæ promissori] Pluris petitio hìc æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo se soluturum promisit.

Quia utilitas solvendi salva promissori] Id est, ratio utilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si alio loco solveret, non habetur: nam eum eo loco convenire, quo dare promisit, ejus nihil interest ratione loci. Fabrot.

Specialiter Tyriam] Quæ nobilior est: Strabo *lib. 16.* Plin. *lib. 5. cap. 19. & lib. 21. cap. 8.* Eustath. *ad Odyss.* [15. ἐπαινεῖται νῦν ἡ Τυρία πορφύρα.

Zenonis loquitur Constit.] Quid hìc à Zenone cautum fuerit, exponitur *inf. de except. §. 12.* Epitomen hujus Constitutionis ex Basilicis eruit Cujac. 12. *obs. 21.* quæ in novis editionibus est *l. 1. C. de plus petit.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui ante conditionem petit, eum nihil consumere.*
2 *Pœna à Zenone constituta in eos, qui tempore plus petunt; à Justiniano in eos, qui alio modo.*
3 *Quid nunc ferè in praxi circa hæc observetur.*

SUperiùs admonuit judicem officii sui in ferenda sententia. Hìc actorem instruit ad actionem rectè instituendam, formandumque libellum petitorium. Summa disputationis huc redit: ut petat actor quod sibi debetur; ut petat quantum sibi debetur; ut petat ex ea causa, ex qua debetur. Si secus fecerit, placet, interdum petitionem ei nocere, interdum non nocere. In quo tamen ab observatione juris veteris procul recessum; ut posteà intelligemus.

Cau-

Causa cadebat] Ut discerent omnes jus suum d. l genter explorare, nec temerè aliis creare molestiam; placebat olim, eum, qui plus quàm sibi deberetur petierat, graviter multari, remque totam amittere; uti passim ex Cicerone intelligi potest, præsertim ex oratione pro *Q. Roscio Comœdo*, *fac. l. 1. de ins. injur. l. si pater 36. de solut.* Hinc illud apud Plautum *in Mustellaria: Velim quidem hercle ut uno minimo plus petat*. Id Veteres dicebant *Causa cadere*; item *Formula cadere* aut *excidere*, ut ex eodem Cicerone, *1. de orat. Sveton. in Claud. c. 14. Senec. epist. 48. Quintil. lib. 7. Inst. orat.* discimus.

Nec facilè integrum restituebatur] Adversùs amissionem causæ ob pluris petitionem nemo à Prætore restituebatur, nisi ex iis causis, quæ jure communi etiam in aliis rebus in integrum restitutionem præbebant. Quarum duæ hic proferuntur; ætas personæ plus petentis; & justa errandi causa. Faciliores aliquando Principes fuerunt: nam de Claudio refert Svetonius *d. loc.* solitum eum fuisse restituere ex bono & æquo actiones iis, qui apud privatos judices plus petendo formula excidissent.

Nisi minor erat viginti quinque annis] Minori qui errore ætatis & juvenali temeritate plus petendo causa ceciderat, Prætor causa cognita subveniebat per restitutionem in integrum, ex edicto generali de minoribus; *leg. 1. & passim, de minoribus*.

Etiam majorî] Ex illa parte edicti de majoribus restituendis, *Item si qua alia mihi causa justa esse videbitur, in integrum restituam*, *l. 1. in fin. ex quib. ca. maj.* Justi erroris, & qui ob id meritò etiam in majoribus excusetur, causa est in hac specie: Titio centum testamento legata sunt, deinde viginti codicillis adempta: Titius codicillorum ignarus tota centum ex testamento petit. Item in hac: Testator dodrantem bonorum in testamento Sempronio legavit, post deinde in codicillis nonnihil legavit Titio: Sempronius qui nihil de codicillis audiverat, dodrantem integrum ex testamento petit. Justus in utraque specie error est, & cui ignosci oporteat: propterea quòd ex alieni facti nascitur ignorantia; *l. ult. pro suo*. Alludit huc Seneca *epist. 48. Quid enim aliud agitis*, inquit, *cùm eum, quem interrogatis, in fraudem inducitis, quàm ut formula cecidisse videatur? Sed quemadmodum illud Prætor, sic eos Philosophia in integrum restituit*.

Atque ideò lege Falcidia legata minuebantur] Rectior erit sententia, si legamus, *Ideò quod lege Falcidia, &c.* Quippè ratio cur in proposito petitor plus petiisse videatur, quàm dodrantem, hæc est, quòd lege Falcidia legata ipso jure minuantur. Ut benè observavit D. Hotom.

Plus autem quatuor modis] Pœnæ plus petitionis non solùm locus erat, cùm quis re aut quantitate plus petiisset, sed etiam cùm quavis alia ratione, puta tempore, loco aut causa seu modo. Paulus *1. sent. 17. Causa cadimus*, inquit, *aut loco, aut summa, aut tempore, aut qualitate. Loco, si alibi; summa, si plus, quàm damus, petimus: tempore, petendo ante tempus: qualitate, ejusdem speciei rem meliorem postulantes*. Hæ quatuor species plus petitionis pleniùs hoc loco explicantur à Justiniano.

Re, veluti si quis pro decem aureis, &c.] Re plus petere dicitur, qui majorem vel summam pecuniæ, vel partem rei, quàm quæ sibi debetur, petit.

Tempore, veluti si quis ante diem vel conditionem] Plus quàm debetur, sine controversia petit, qui ante diem petit. Nam quod in diem promissum est, etiam ante diem debetur: ut hìc subsit debitum quod peti possit, & præmaturè petendo amitti; *§. 2. sup. de verb. obl. l. cedere 213. de verb. sign. junct. §. temporales 10. inf. de except.* Sed quod additur: Etiam eû plus petere, quàm debetur, qui ante conditionem petit: incautè & perperam adjectum videtur. Etenim cùm conditio suspendat obligationem, ita ut pendente ea nihil dum debeatur; *§. sub conditione, sup. de verb. obl. d. l. cedere, de verb. sign. l. 8. de per. & com. rei vend.* quomodo dici potest, plus debito petere, qui ante conditionem petit, hoc est, eo tempore, quo nondum ulla nata est obligatio? Quòd si ante conditionem agendo nemo plus debito petere intelligitur, consequens est, neque pœnam plus petitionis ad eos, qui ante conditionem petunt, pertinere: Et res ita habet. Qui ante tempus petebat, ideò rem consumebat, quia in judicium eam deduxisset; *d. §. temporales, inf. de exc.* At pendente conditione cùm nihil sit, quod debeatur, nihil quoque est, quod in judicium deduci, & deducendo consumi possit. Et ideò Veteres eum, qui pendente conditione petit, non malè aut perperam agere dicunt, ut eum, qui petit ante diem: sed nihil agere, *l. un. in fin. quand. dies usufr. leg. ced.* & disertè nihil consumere; *l. si pater 36. de solut.* An igitur putamus, hæc latuisse Tribonianum? Potius est ut dicamus, eum per conditionem intellexisse, non eam, quæ verè conditio est, scilicet, quæ an extitura sit incertum est; & qua proinde pendente nihil debetur: sed eam, quam Veteres minùs propriè conditionem vocant; nimirum, quam certum est omnimodò extituram esse: veluti, si quis si morietur vel cùm morietur dare promiserit, & stipulator vivo promissore agat. Nam tali sub conditione quod promissum est, pendente quoque ea debetur; *l. nam si 17. cum l. seq. de cond. ind. l. 9. §. 1. de novat.* Et igitur, *Ante conditionem*, intellige, *Quæ modò efficiat*; ut antè debeatur aliquid, quo dici possit, antè agendo plus peti, quàm debeatur.

Qua enim ratione qui tardiùs] Si minus in tempus cadit, etiam plus cadere intelligitur: nam contrariorum sunt contraria consequentia. Constat autem, eum, qui tardiùs solvit, minùs solvere: quoniam emolumentum intermedii temporis adimit creditori. Sequitur ergo, ut qui solvit celeriùs, plus solvat; quemadmodum veteri proverbio dicitur, *Bis dat, qui citò dat*; & qui celeriùs petit, plus petat: quoniam reliqui temporis

poris quo modo, quantum in se est, debitorem privat.

Loco plus petitur] Plus etiam petere intelligitur, qui quod certo loco sibi dari stipulatus erat, alio loco purè petit. Quæ pluris petitio æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo soluturum spopondit.

Romæ purè intendas sibi dari] Purè intendere sibi dari oportere hic dicitur, qui intendit sibi dari oportere sine commemoratione loci, in quo dari sibi stipulatus est. & omissa arbitrarii formula qua judici permittatur facultas æstimandi ex bono & æquo, quantum promissor solvere debeat. Nam pura intentio hic actioni arbitrariæ è regione opponitur.

Alio loco petenti arbitraria actio] Alio loco, quàm in quem sibi dari quisque stipulatus esset non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, numquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessariò distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideò visum est, in eam rem actionem utilem sive arbitrariam comparare, *l. 1. de eo quod cert. loc.* Hac ratione & actori consulitur, data alibi agendi facultate: nec reo fit injuria, cui alibi convento arbitrio judicis, salva præstatur utilitas loci constituti. Illud hic obiter monendi sumus: quod passim dicitur, Eum, qui certo loco dare promisit, posse quolibet alio loco arbitraria actione conveniri, sic accipiendum: ut supponantur termini habiles, id est, modò locus sit idoneus, qualis est locus domicilii & contractus, & qui forum tribuat, *l. hæres 19. §. 1. & deinceps de jud. l. contraxisse, 21. de O. & A. Costal. ad l. 1. de eo quod cert. loc. Perez in C. eod. n. 1.*

Quæ utilitas plerumque in mercibus] Constat, varia esse rerum pretia per singulas civitates regionesque; maximè vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licèt videatur una & eadem potestas ubique esse; tamen aliis locis faciliùs & levioribus usuris pecunia invenitur, aliis difficiliùs & usuris gravioribus; *l. 3. de eo quod cert. loc.*

Proximus est, qui causa plus petit] Verbum Causa variam admodum in jure civili significationem habet, & quæ faciliùs intelligitur, quàm exprimitur. Hic autem significat modum seu qualitatem obligationis; *l. obligationum 44. in pr. & §. 3. de oblig. & act. Paul. 1. sent. 10.* Qui autem causa plus petit, idem ferè peccat, quod is, qui plus petit loco. Nam quemadmodum, qui alibi petit, quàm ubi debetur, loci utilitatem adimit debitori; ita qui causa plus petit, promissori adimit utilitatem electionis.

Hominem Stichum aut decem aureos] Duæ sunt species plus petitionis ratione causæ: quarum altera hic proponitur, cùm ex pluribus rebus disjunctim promissis una aliqua certa petitur: altera mox subjicitur, cùm genere promisso, petitur certa species. In utraque autem specie eadem ratione plus peti intelligitur, nimirum quia reo aufertur electio, quæ in utroque genere obligationis ei competit.

Promissoris electio est] In disjunctivis obligationibus, id est, cùm illa aut illa res promittitur, rei electio est; *leg. plerumque 10. in fin. de jur. dot.* Et ideò qui electionem sibi non constituit, incertum stipulari dicitur; *l. ubi autem 75. §. qui illud 8. de verb. obl.*

Generaliter hominem stipulatus] Sicut in promissione alternativa electio reo tribuitur, ita & in promissione generis; *l. cum is 32. in fin. de cond. ind. l. fidejussorem 52. mand. l. ex pluribus 106. de verb. obl.* ut proinde eadem ratione plus petere dicatur, qui genere promisso certam ex eo genere speciem petit; qua is plus petere dicitur, qui pluribus rebus disjunctim promissis, unam earum petit simpliciter.

Et specialiter Campanum petat] Theophilus scribit: Vinum Campanum omnium aliorum esse pessimum: cùm tamen Gajus & Ulpianus ejus exemplum pro eo, quod optimum est, adducant, *l. stipulationum, 74. & l. seq. §. 2. de verb. obl* uti hîc etiam Justinianus; quod vel puer viderit. Scriptores quoque cæteri vina Campana inter generosissima numerant; qualia sunt illa carminibus Horatii celebrata; *Cæcubum, Massicum, Falernum, Formianum, Calenum, Varr. 1.* de re rust. 2. *Strab. lib. 5.* De regione Campaniæ Italicæ Florus *lib. 1. c. 16.* ita scribit: *Omnium non modò Italiæ, sed terrarum orbis pulcherrima Campaniæ plaga est. Nihil mollius cœlo; bis floribus vernat. Nihil uberius solo: ideò Liberi Cererisque certamen dicitur.* Et paulò post: *Hic amicti vitibus montes, Gaurus, Falernus, Massicus, & pulcherimus omnium Vesuvius.* Eadem ferè de ora Campaniæ habet Plin. *lib. 3. c. 5.* unde videtur Florus sua descripsisse.

Tyriam] Purpuram omnium pretiosissimam; teste Strabone, *lib 16. add. Plin. lib. 5. c. 19. & lib. 21. cap. 8.* Puniceum purpuræ colorem procreat Africa, id est, quasi violaceum: Tyrus autem rubeum; auctor Vitruvius *lib. 7. c. 17.*

Licèt vilissimum sit] In pluris petitione ratione causæ plus non tantùm æstimatur ex pretio & valore rei, sed etiam ex facultate solvendi; & quod addendum, ex affectione quoque debitoris. Sæpè enim homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur.

Sed hæc quidem antea] Quibuscumque modis ex quatuor, quos Justinianus exposuit, plus petitum esset, ea olim erat pœna plus petitionis, ut actor causa caderet. Sed postea ab hac pœna recessum est, & in eos, qui tempore plus peterent, alia pœna constituta à Zenone: in eos, qui alio modo, à Justiniano. Quid à Zenone cautum fuerit, exponitur *inf. de excep. §. temporales 10.* nimirum ut adversùs eum, qui ante tempus petiit, duplicentur induciæ temporis: & ut his finitis, non ante reus actionem suscipere cogatur, quàm impensæ prioris litis ei fuerint refusæ. Constitutio ipsa desideratur. Epitomen ejus ex Basilicis eruit Cujac. *lib. 12. obs. 21.* Adversùs cæteros Justinianus hanc pœnam se statuere ait: ut si quid ex plu-

ris

ris petitione damni senserit adversarius, id petitor triplo compenset. Justiniani quoque hæc Constitutio intercidit, & ideò multa hic nobis incerta relinquuntur. Refert se hic ad §. *tripli* 24. *sup. hoc tit.* ubi nominatim agit de eo, qui majorem debita quantitatem petit; idque dolo malo, ut à viatore majores exigerent sportulas: hic autem loquitur, ut videatur velle pœnam tripli etiam extra causam doli obtinere; eademque pœna multari eos quoque, qui loco & causa plus petunt, ut hic repletur omne damnum, quod reo per causam injustæ petitionis illatum est. In praxi neutra prædictarum constitutionum observatur, quò facilior earum jactura est. In toto enim Belgio, Gallia, aliisque regionibus eo nunc jure utuntur, ut si quantitate aut summa plus petitum sit non dolo malo, puta pro quinquaginta, quæ liquidò debentur, centum; reus si nihil obtulerit, condemnetur in omnes litis expensas; idque propter moram, cùm partem, quam se debere non ignorabat, offerre debuerit. Si verò reus partem debitam offerat, actor in lite perseverans reo in expensas condemnatur. Quòd si certum corpus (quod nostri speciem, Philosophi individuum appellant) petitum sit, veluti fundus, & pars injustè possessa non offeratur; impensæ quasi in mutua victoria compensantur. Idemque est, si debitum non sit liquidum: nam tum debitori imputari non potest, quòd certam quantitatem non offerat. Si loco plus petatur, ita absolvitur reus, ut salvum jus actori maneat conveniendi reum in loco constituto, & impensis illius instantiæ actor condemnatur; juxta *l. properandum* 13. *§. sive autem* 6. *C. de judic.* Idem est, si ante tempus agatur, aut si quod sub disjunctione debetur, petatur simpliciter. Nam & hic solet judex reum ab observatione judicii absolvere cum expensis, salva facultate actori conveniendi reum, cùm dies venerit, vel petendi disjunctim, quod simpliciter petitum fuerat; *Rebuff. ad constit. Reg. proœm. tom.* 1. *nu.* 53. *Imbert. lib.* 2. *Inst. forens. c.* 151. *Papon. lib.* 8. *tit.* 1. *arrest.* 2. & 3. *Ant. Fab. C. suo, de plus pet. defin. unic. Tuld. & Perez C. eod. Christin. vol.* 1. *dec.* 266. & *vol.* 2. *dec.* 157. ubi plures alleg. *add. Cov. lib.* 1. *var. res. cap.* 1. *nu.* 5. *Menoch. de arb. jud. lib.* 2. *cent.* 2. *cas.* 177. ubi latè tractat, quæ sit justa litigandi causa, ut in lite succumbens excusetur ab expensis.

TEXTUS.

De minoris summæ petitione.

34. *Si minus intentione sua complexus fuerit actor, quàm ad eum pertineat; veluti si quum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dare oportere intenderit: aut si quum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit; sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adversarium eodem judicio ei condemnat, ex Constitutione divæ memoriæ Zenonis.*

NOTÆ.

34. *Ex Constitutione Zenonis*] Quæ à Cujacio prodita *lib.* 12. *obs.* 21. in editionibus Gothofr. Pacii & aliorum est, *l.* 1. *C. de plus pet.*

COMMENTARIUS.

Minus non quatuor modis ut plus: sed uno tantùm, nempe re petitur; ut exempla hìc proposita declarant. Ac de loco quidem & causa manifestum est: de tempore verò dubitari posset. Nam si tempore & plus peti & minus solvi potest, ut superiùs diximus; videtur etiam & minus peti & plus solvi eodem modo posse. Sanè si plus petit, qui ante tempus petit; plus etiam solvit, qui ante tempus solvit. Quin etiam dialectica ratione disputari posset: si minus solvit, qui post tempus solvit; minus etiam petere, qui post tempus petit. Sed hæc locutio neque in communem sermonis consuetudinem, neque in usum fori & judiciorum cadit: quoniam neq; quicquam nisi post tempus exactum debetur; & id ipsum nonnumquam longo pòst intervallo petitur.

Sine periculo agit] Qui minus petit, quàm sibi debetur: etsi non tantum petit quantum debetur; petit tamen quod sibi verè debetur: & quia minus petendo nulla fit reo injuria, ideò nulla quoque hujus petitionis pœna est: licetque actori comperto errore suo actionem posteà mutare, & totum quod debetur petere. Nam & aliàs cuilibet liberum est ab initio actionem dividere, partemque petere, salvo jure reliquum posteà petendi.

Eodem judicio] Quomodò hoc accipiendum sit, videbimus, §. *seq.*

Ex Constitutione Zenonis] Epitome Constitutionis Zenonianæ, qua Justinianus ait, potestatem judici permitti in casu proposito, etiam in reliquum quod sibi apparebit deberi, reum eodem judicio petenti condemnare, prodita est à Cujacio *lib.* 12. *obs.* 21. quæ in novis editionibus est; *l.* 1. *C. de plus pet.* Constitutionem ipsam non habemus.

TEXTUS.

Si aliud pro alio.

35. *Si quis aliud pro alio intenderit nihil eum periculari placet, sed in eodem judicio cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.*

NOTÆ.

35. *In eodem judicio*] His verbis non tam denotatur judicii unitas, quàm negotii apud eumdem judicem sine nova interpellatione (quod olim necessarium erat) continuatio: propriè enim judicium ibi esse dici nequit, ubi nova exigitur actionis editio & litis contestatio. Bachov.

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit emendare actionem; quid mutare.*
2 *Quamdiu emendare, vel mutare actionem liceat.*
3 *Praxis horum temporum.*

S*I quis aliud pro alio petat*] Qui aliud pro alio petit, puta pro Sticho Erotem; constat, eum
1 non petere quod debetur: & tamen placet nec hanc petitionem ei nocere, quominus cognita veritate errorem suum & quidem eodem item judicio corrigere possit. Idemque placet, si quis ex alia causa petat, quàm ex qua debetur; puta ex testamento, cùm debeatur ex stipulatu: quo casu, cùm idem petatur ex alia tantùm causa, nequaquam dici potest, quod Theoph. scribit, etiam hic aliud pro alio peti: & magis est, ut dicamus, Justinianum plus sensisse, quàm scripsisse. Illud semper tenendum est: sumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere.

Errorem suum corrigere] Potest igitur actio semel edita posteà corrigi aut mutari. Idque etiam jure veteri obtinuit. Extat de ea re Constitutio Severi & Antonini in hæc verba: *Edita actio speciem futuræ litis demonstrat, quam emendari aut mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel jus reddentis decernit æquitas; l. 3. C. de edend.* Emendatur actio, cùm mendum vel error tollitur, aut defectus suppletur, salva manente principali substantia conclusionis. Mutatur, cùm repudiata vetere instituitur nova: veluti si actor aliud pro alio, aut idem ex alia causa petere instituat, *Perez C. de edend. n. 7.* Sed adjectæ sunt rescripto duæ conditiones, dum id ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas; & ita, ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monitio hæc: ut edatur actio, quacumque quis experiri velit; proinde si quis nova experiatur, etiam hanc edi oportet, novumque reo spatium ad deliberandum dari, cedere, an contendere malit, *l. 1. de edend.* Jus dicentis æquitas hoc exigit: ut emendatio illa sive mutatio sine damno adversarii fiat: ideòque qui temerè adversarium suum in jus vocavit, is ei viatica & sumptus prioris litis reddere tenetur, *l. eum qui 79. de judic. Don. in d. l. 3.*
2 *C. de edend. n. 3. & seqq. D. Perez d. loc.* Illud quæritur: Quamdiu actionem editam emendare vel mutare liceat, utrùm ante litem contestatam tantùm, an verò etiam posteà. Ego puto, jus actori & nunc esse & olim fuisse actionem emendandi vel mutandi: non solùm ante, de quo inter omnes convenit; sed etiam, quod plerique negant, respectu mutationis post litem contestatam: *per l. fidejussor. 32. de neg. gest. l. cum indebitum 57. §. 1. de cond. ind. l. 4. §. ult. de nox. act. l. eum fundum 18. §. 1. und. vi.* Eaque haud dubiè est etiam sententia Imperatorum in *d. l. 3. C. de edend.* & Justiniani hìc. Cæterum jure veteri eo casu opus erat alio judicio novaque interpellatione, *l. non potest 23. de judic. l. ut fundus 18. com. div.* Jure autem novo actori etiam post litem contestatam permittitur corrigere errorem suum, & mutare libellum petitionis in eodem judicio, ut hic diserte cautum est, *Don. ubi sup. n. 17. Perez d. loc. n. 7.* Quamquam existimo, his verbis non tam judicii
unitatem denotari, quàm negotii apud eumdem 3
judicem sine nova in jus vocatione continuationem: ut in hoc saltem novum jus distet ab antiquo, quo nova interpellatio desiderabatur, & Prætor de integro adeundus erat, ut aliud judicium daret. Sanè non video, quomodò alioqui rectè defendi possit, idem judicium ibi esse, ubi nova litis exigitur contestatio. Quod quidem negari non potest. Nam si reus post novam actionem editam, & inducias ad deliberandum denuò concessas, ad contradicendum venerit, utiq; contradictione sua novam litem facit: ut etiam disserit Bachovius hìc. Interpretum in *l. 3. C. de edend. & ad hunc §.* communis sententia est: Libellum quidem emendari posse usque ad sententiam definitivam, mutari autem non posse, nisi usque ad litem contestatam, atque adeò ne partium quidem consensu: quoniam litis contestatio & alii actus substantiales judicii partium consensu tolli non possunt. Quæ sententia usu forensi recepta dicitur, *Gail. 1. obs. 74. n. 4. & seq. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. c. 5. & 6. Christ. vol. 2. dec. 88. n. 11.* quamquam de fori nostri usu contrario testetur *Groenew. de l. abrog. hic.* Planè si probari potest, per ignorantiam Advocati in concipienda conclusione erratum esse, etiam mutatio usque ad sententiam permitti solet: sed non nisi ad postulationem litigatoris impetrata restitutione in integrum, & cum refusione expensarum, *Merul. d. c. 6. Christ. vol. 2. dec. 104. add. Groenew. d. loc. & ad tit. C. de error. advocat.*

TEXTUS.

Divisio sexta. De peculio.

36. *Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur: sed modo solidum persequimur, modo minus. Ut ecce: si in peculium filii servive agimus: Nam si non minus in peculio sit, quàm persequimur, in solidum dominus, paterve condemnatur: si verò minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.*

COM-

COMMENTARIUS.

REdit hic Imperator ad institutum, quod interrupit, §. *curare* 31. *sup.* proponitque ad extremum adhuc unam divisionem, quæ ad effectum actionis pertinet: & declarat quantum ex unaquaque actione sperare liceat. Divisio hæc est: quòd quædam sunt actione, quibus solidum quod nobis debetur, consequimur; quædam, quibus modò solidum, modò minus. Quominùs semper solidum consequamur, aut peculium facit, cujus ad modum actio constituta est; quod explicatur hoc §. aut beneficium reo tributum, ut in id tantùm teneatur, quod facere potest; cujus generis actiones quædam proferuntur §. *seqq. & ult.* aut mutua creditoris obligatio; de quo §. *seq. vers. propter retentionem, & §. pen. eod.*

Si in peculium filii servive] De peculio actio proposita est ex contractu filiorum familias & servorum adversùs patrem & dominum; §. *actiones* 10. *supra eod.* Hac actione non semper solidum consequimur; quia adjectio illa de peculio significat, constitutam illam esse, quatenus est in peculio: ut siquidem non minus sit, quàm persequimur, in solidum dominus & pater condemnentur: si verò minus inveniatur, quatenùs in peculio sit; *dict. §. actiones & §. præterea 4. tit. seq.* Quod in peculio servi filiive habendum; item de quo peculio actio adversùs patrem constituta ex contractu filii, alibi expositum est.

TEXTUS.
De repetitione dotis.

37. *Item si de dote in judicio mulier agat; placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus; in solidum damnatur: sin minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est; quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.*

NOTÆ.

37. *Quatenus facultates*] Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo præstare potest honestè: deducto scilicet eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l. 19. in fin. l. 30. de re jud. l. 6. de cess. bon. l. 173. de reg. jur.* & in eo tempus rei jud. spectatur, *l. 15. sol. matr.*

Ob impensas] Olim non modò necessarias, sed etiam utiles; *l. 1. cum seq. de impens. in res dot.* Hodie retentio permissa ob necessarias impensas dumtaxat; *l. un. §. 5. Cod. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, tùm quæ sint istæ impensæ, cognosce ex *l. 5. de imp. in res dot. l. 56. §. ult. de jur. dot.*

COMMENTARIUS.

1 *Beneficium competentiæ quibus & quas ob causas detur.*
2 *Quibus personis præter maritum in causa dotis idem beneficium tribuatur.*
3 *Rei dotalis retentio quibus ex causis marito olim concessa: & quid hic novi à Justiniano.*
4 *Ex quibus causis reo detur retentio extra causam dotis.*

SUnt quædam personæ, quibus humanitatis causa tributum est, ut ne conveniantur in solidum, sed in tantum, quod facere possunt: quod beneficium vulgò vocant privilegium & exceptionem competentiæ. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam, ex qua agitur, partim 1
ob personam rei; cum qua agitur. Ob causam soli donatori ex causa donationis convento: §. *seq. in fin.* Ob personam rei variæ ob necessitudinem & conjunctionem personarum; unde parenti; liberis, fratribus, marito, uxori, sociis, &c. Ob solam reverentiam reo debitam; unde patrono. Ob meritum in Remp. unde militi, qui sub armata militia stipendia meret; *l. 6. l. item miles 16. de re jud.* Denique ob solam commiserationem; unde ei, qui bonis suis cessit, tribuitur, §. *ult. infr. eod.* & interdum filio emancipato, *l. 2. quod cum eo qui in al. pot. l. & ex hæredatum 49. de re jud.*

Si de dote mulier agat] Eleganter Theod. Hermop. ad *l. 173. de R. I.* αἰσχυνόμενος ὁ νόμος καθ᾽ ὑπερ-οχίαν δοῦναι τῇ χήρᾳ καὶ προῖκα συγχωρεῖν τὰ βίου, πάντας ἀπογυμνώσαι τὸν ἴδιον ἄνδρα. Non autem marito tantùm adversùs uxorem; sed etiam uxori adversùs maritum hic honos habetur, ut non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur & patri mariti seu uxoris socero de dote convento; *l. paternus 17. l. non tantum 20. cum l. seq. de jud. l. rei judicatæ 15. in fin. & l. seq. solut. matrimon.* Et ex diverso idem quoque honos habetur patri uxoris, si ex promissione dotis à genero conveniatur; *l. ex diverso 17. solut. matrimon.* nisi jam dissolutum sit matrimonium; *l. sicut 21. cum l. seq. de re jud.* Quod autem ait: Si de dote mulier agat exempli tantùm causa dicitur. Nam non solùm maritus, cùm ex causa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet: sed etiam cùm ex aliis contractibus; *d. l. non tantùm de re jud.* nisi soluto matrimonio contraxerit cum ea, quæ olim uxor fuit, *l. divortio 35. de neg. gest.* Atque hoc jure etiamnum utimur; *Zypæ. not. jur. Belg. de jur. dot. in fin.* 2

Propter retentionem] Diximus: Mutuam creditoris ejusdemque actoris obligationem etiam nonnumquam efficere, ne reus in solidum condemnetur. Id consequitur non tantùm per com-

pensationem propriè dictam, cum quantitates utrinque debitæ compensantur; de quo §. *pen. inf.* sed interdum etiam per retentionem, cùm fundus aut alia species ab eo petitur, & vicissim actor ei pecuniam debet. In causa dotis tribuebatur olim marito variis de causis rei doralis retentio; ob res uxori ab ipso donatas; ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impensas in rem dotalem factas, non modò necessarias, sed etiam utiles. Justinianus autem, sublata ex omni alia causa retentione, solam reliquit eam, cujus hìc fit mentio: nempè quæ fit ob impensas necessarias; *l. un. §. taceat 5. C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, & quæ sint istæ impensæ, cognosce ex *l. 5. de imp. in rem dot. l. si is qui 56. §. ult. de jur. dot.* Extra casum dotis retentio reo tribuitur ex his & similibus causis: si rè, quæ petitur, alii pignori obligatam, pecunia sua liberaverit; *l. quib. mod. pign. solv.* si pignus in aliquam summam nominatim acceptum pro alia summa, quam eidem posteà sine pignore credidit, retineat: *l. un. C. etiam ob chir. pec. pign. ten.* Item si in rem alienam, quæ petitur, sumptus fecerit, secundùm distinctionem alibi traditam, vid. *leg. in fundo 38. l. sumptus 48. de rei vend. l. si in area 33. de cond. ind. §. ex diverso 30. cum aliquot seqq. supr. de rer. div.* Materiam retentionis distinctè tractat *Ioan. Fab. in d. l. un. C. etiam ob chir. pec. & Costal. in l. in rebus 18. §. possunt commod. add. Papon. l. 6. art. 4. arr. 21. Rebuff. ad l. non potest 117. de verb. sig.*

TEXTUS.

De actione adversùs parentem, patronum, socium, & donatorem.

38. *Sed & si quis cum parente suo, patronove agat item si socius cum socio judicio societatis agat; non plus actione consequitur, quàm adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.*

NOTÆ.

48. *Socius cum socio*] *Dict. l. 16.* Quia socii inter se quodammodò fratres sunt; *l. 63. pro soc.* τάξιν γὰρ ἐπέχουσιν ἀδελφῶν. Th. Hermopol. ad *l. 173. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

Cum parente suo patronove] *L. sunt quidam 16. & l. seq. de re jud.* Parenti hoc tributum cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam, quam parenti liberi debent: ac proinde & matri idem concedendum; *Gutier. 2. pract. quæst. 28. num. 2.* Patrono datur ob solam reverentiam, quam ei debet libertus, *l. 9. de obs. par. & patr.* Addunt & hanc rationem DD. Quòd filius & libertus parentem & patronum inopem alere teneantur. Unde ex contrario quoque statuunt, nec liberos à parente, ultra quàm facere queunt conveniri posse. Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum est, *l. patronus 17. de re jud.*

Item si socius cum socio judicio societatis] Igitur socio omnium bonorum semper & omnimodò hoc beneficium competit, uti parenti, patrono conjugi, *d. l. sunt quidam*. Non omnium bonorum socio, cùm convenitur judicio societatis, *l. verum 63. in pr. pro soc.* Quo loco etiam indicatur ratio, ob quam placet socium hoc privilegio frui, nimirum quia socii inter se quodammodò fratres sunt. Quòd si sociis ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indultum, multò magis veria fratribus idem concedendum, cùm etiam fratri inopi alimenta debeat, *Thesaur. dec. 119. Christin. vol. 3. dec. 143. n. 2. D. Tuld. com. h. t. c. 19.* Planè non aliàs socius hoc beneficio juvatur, quàm si confiteatur, se socium esse. Negantem se socium, placet, in solidum condemnari, *leg. si num. 67. in fin. pro soc. l. sed hoc 21. §. 1. de re jud.* Nostris & Gallorum moribus nulla fraternitatis inter socios habetur ratio, sed sola spectatur rerum communio: conveniique, in solidum condemnantur, *Gothofr. in l. 16. de re jud. Groenewe. de l. abrog. hic.*

Ex donatione] Is quoque, qui ex liberalitate sua convenitur, in id tantùm, quod facere potest, condemnatur, *l. Divus 28 de reg. jur.* & quidem is solus deducto ære alieno, *l. inter eos 19. §. 1. de re jud.* Pinguiùs enim donatori succurrere debemus, quàm qui verum debitum solvere compellitur, ne liberalitate sua inops fieri periclitetur; *l. & exhæredatum 49. cum l. seq. eod.* Et ita utimur, *consul. I. C. Bat. pag. 1. cons. 259.* quamvis in Gallia nec hoc observetur; *Bugn. de l. abrog. lib. 1. satyr. 12.*

TEXTUS.

De compensationibus.

39. *Compensationes quoque opposita plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quàm ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, poterit judex in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare; sicut jam dictum est,*

COMMENTARIUS.

Etiam per compensationem reus consequitur ne in solidum damnetur. Compensatio tunc propriè est, cùm res, quæ numero, pondere, mensura constant, utrinque debentur; ut ostendimus ad §. *in bona 30. sup. eod.*

Compensationes oppositæ] Etsi compensatio ipso jure actionem minuit; tamen in judicio opponenda & allegenda est, ut judex sciat esse quod vicissim debeatur, ejusque in condemnatione rationem habeat. Hæc verò allegatio propriè exceptio non est, sed nuda defensio, quam DD. vulgò exceptionem intentionis & facti nominant; qualis est,

est, si quis se solvisse aut sibi accepto latum dicat: quod latiùs explicuit ad d. §. *in bonę*.

Plerumque] Hæc particula fortè adjecta est propter causam depositi, vectigalium, tributorum &c. in quibus compensationi non est locus; *l. 3. & l. ult. C. de compens.* Fortassis etiam, quia liquidi tantùm cum liquido compensatio admissa: quòd autem ex causa non liquida compensandi gratia objicitur, alii judicio reservandum, nisi initio litis per modum exceptionis objiciatur; *d. §. in bonæ, l. ult. C. de compens.*

Ex eadem causa] Hæc verba Theophilus non agnoscit. Et sanè etiam quod ex diversa causa debetur, compensari posse constat; *passim tit. ff. & C. de compens. Paul. 2. sent. 5.*

TEXTUS.

De eo qui bonis cessit.

40. *Cum eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si posteà aliquid acquisierit, quod idoneum emolumentum habeat; ex integro in id, quod facere potest, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari*

NOTÆ.

40. *Qui bonis cessit*] Ex Ulpiano, *l. 4. de cess. bon.*

Idoneum emolumentum] Non modicum, sed quod alicujus momenti sit, quo Prætor moveri possit; *l. 6. & 7. eod.*

Ex integro] Id est, ἐξ ὁλοκλήρου, de integro, rursus, denuo: non εἰς ὁλόκληρον, in solidum.

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit facere posse; & quid hoc reo tribuat.*
2 *Quibus rebus deductis id æstimetur.*
3 *Quale sit hoc beneficium, personę an rei cohęrens.*

HIc iterum proponitur species, ubi beneficium reo datum facit, ut actor solidum non semper consequatur. Omnis debitor, qui non habet exceptionem competentiæ, solidum quod debet solvere compellitur: si nequit, in carcerem ire volente creditore cogitur, nisi bonis cedere malit; *l. 1. C. qui bon. ced.* nam bonorum cessione pœnam carceris evitare potest; utique si sua non malo more amisit, prodegit, aut fraudulenter alienavit; *l. si quis dolo 51. de re jud. l. verum 63. §. hoc quoque 7. pro soc. add. Gomez. 2. res. 11. nu. 52. & ad leg. Taur. 79. nu. 2. Ben. Straccb. de merc. tract. decoctorib. part. 3. num. 9.* Cæterum non uti carcere ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur: ac proinde si posteà facultates aliquas, quas, modò alicujus momenti sint, iterum acquisierit, denuo efficaciter conveniri potest: sed jam ita, ut non in solidum, quod amplius debet, sed in quantum facere potest, damnetur; *l. 4. 6. & 7. de cess. bon.* Beneficium ei tributum ex sola commiseratione, ut in extremo hujus §. indicat Justinianus. De materia cessionis latè disputare non est hujus loci: videndi DD. *ad tit. ff. & C. eo pertinentes, Schneid. hic, Dam. houd. prax. civ. cap. Pet. Greg. 22. synt. 8. & aliquot seqq. Afflict. decis. 348. & seq. Thessaur. decis. 36. & 182. Christin. volum. 4. decis. 123.* ubi plurimos citat, qui ex professo hanc materiam tractant. Cæterum antequam hinc abeamus, quærendum est: Quale sit hoc beneficium, quod competentiæ vocant, & cujus toties jam facta mentio. Id autem planum fiet, si cognovimus quid sit facere posse, quibus rebus & unde deductis id æstimandum, sitne beneficium personæ, an causæ. 1 Facere posse civili ratione hîc dicitur, qui de suo præstare potest honestè, deducto videlicet priùs eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta; *l. inter eos 19. in fin. l. cum ex causa 30. de re jud. l. 6. de cess. bon. leg. in condemnatione 173. de reg. jur.* & in eo tempus rei judicatæ spectatur, *l. 15. solut. matrim.* Non modò igitur quibus hoc beneficium competit, si solvendo non sunt, in carcerem detrudi non possunt, aut cogi, ut bonis cedant: sed ne totum quidem quod habent iis extorquendum, ne aut turpiter mendicare, aut malis artibus victum quærere cogantur. Sed & in definiendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditionis personarum habenda; cùm lautiori cibo nobilem vesci, quàm rusticum oporteat: & alius illi, quàm huic cultus corporis conveniat. De quo *Tiraq. de nobilitat. cap. 20. num. 143. & seq. Coler. de process. p. 2. cap. 3. num. 115. & seq.* Utrumque contra est, cùm hoc beneficium cessat: quippè omnium actionum sine hoc beneficio hæc conditio est: ut quamvis reus solvendo non sit, solidum tamen præstare compellatur: aut de suo, aut si id non potest, aliunde unde solvat sumere: aut postulante creditore in carcerem ire, nisi paratus sit bonis cedere: *l. 1. C. qui bon. ced.* Atque ut creditor parcat carceri, omne tamen quod habet condemnato auferre potest, ut nihil ei, ne ad victum quidem relinquatur: de quo vide *Christin. volum. 4. dec. 123. num. 15. & ibi allegat.* 2 Hoc quod ita quemque facere posse dicimus, aliter in donatore æstimatur, aliter in cæteris. In donatore, deducto ære alieno, in cæteris, etiam non deducto: pinguiùs enim donatori succurri placuit, quàm veris debitoribus; *l. sunt qui 16. leg. inter eos 19. in pr. & §. 1. leg. & exhæredatum 49. de re jud. l. 12. de donat.* Inter eos, quibus ex simili causa debetur, occupantis conditio melior: nec deducitur, quod ejusdem conditionis hominibus debetur; *d. l. inter eos ubi vid. Don.* Denique si actor eadem paupertate qua reus prematur, non juvabitur reus hoc privilegio: quoniam in pari momento miserationis præponderat rigor juris, magisque debitorem quàm creditorem egere convenit, *Zas. ad leg. 12. & seq. solut. matrimon. num. 20. Coler. part. 2. cap. 3. num. 121. D. Tuld. comm. in hunc tit. cap. 19.* Bene-

neficium hoc personale est: non causæ, sed personæ cohærens: & ideò nec in hæredem transit; præterquam quòd in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri hæredes extiterunt; *leg. 12. & seq. l. etiam filius 18. solut. matrim. l. 24. & seq. de re jud. add. Pet. Fabr. ad leg. Divus 28. de reg. jur. Gomez in leg. Tauri 50. & tres seqq. num. 49.* Neque fidejussori tribuitur, quamvis ita fiat, ut nec debitori hoc beneficium prosit: quippe quum fidejussor, totum quod præstitit, à reo principali repetere possit; *leg. & si fidejussor. 24. de re judic.* Neque hoc iniquum aut absurdum est: quoniam relatio, quæ est inter creditorem & debitorem principalem, & propter quam beneficium tribuitur; non est inter creditorem & fidejussorem, nec rursus inter hunc & debitorem principalem. Quid quòd debitor dando fidejussorem tacitè exceptioni competentiæ renuntiare videtur? utique enim hoc agimus fidejussorem accipientes, ut in omnem eventum nobis cautum sit; *§. ult. infra de replicat.* Licèt autem jure novo reus principalis priùs conveniri & excuti debeat, quàm ad fidejussores perveniatur; tamen quod creditor à reo consequi non potuit, rectè exiget à fidejussore: quoniam eodem jure, non electione & litis contestatione, sed demum solutione obligatio perimitur; *leg. ult. Cod. de fidejussor. Don. ad d. leg. 24. de re judic. Bachov. hic, fusè Hering. de fidejussor. cap. 27. part. 4. num. 80. & seqq.* Alia causa est defensoris, cujus in omnibus rebus eadem causa esse debet, quæ domini foret si cum ipso ageretur; *leg. alia causa 14. solut. matrimon. leg. verum 63. §. 1. pro soc. leg. minor. 51. §. 1. de proc.*

TITULUS VII.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

Dig. Lib. 13. Tit. 5. C. Lib. 4. Tit. 16.

Continuatio, & summa tituli.

JUre civili nemo ex contractu alterius obligatur: ne is quidem, qui contrahentem in potestate habet; *§. actiones 10. tit. prac.* Nam etsi jus potestatis facit, ut servus domino, filius patri obligationem & actionem acquirant; non efficit tamen ex contrario, ut pater & dominus ex contractu filii aut servi obligentur, atque alteri actio adversùs eos acquiratur. Cæterum hunc juris rigorem quibusdam in casibus Prætor ex æquitate relaxavit, introductis certis actionibus, vel potiùs actionum qualitatibus, quibus dominus & pater ex contractibus filii aut servi conveniri possunt: Hujus generis sex hoc tit. proponuntur: Quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso. Sub finem adjicitur casus, quo ex contractu filii pater non obligatur, cùm ex eadem causa ex contractu servi obligetur dominus.

TEXTUS.

Scopus & nexus.

Quia tamen superiùs mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum servorumque agitur; opus est, ut de hac actione & de cæteris, quæ eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis, qui in potestate parentum sunt, eadem ferè jura servantur; ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique; idem intellecturi de liberis quoque, & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his propriè servetur, separatim ostendemus.

NOTÆ.

Quia tamen superiùs] *Tit. proximè praced. §. 10. & §. 36.*

COMMENTARIUS.

S*Uperiùs mentionem habuimus*] *§. actiones 10. praced. tit.* ubi obiter egit de actione de peculio; quam nunc pleniùs, ut & cæteras quæ ex conventionibus filiorum & servorum adversùs patrem & dominum dantur, hoc tit. explicat.

Ferè eadem jura servantur] Meritò adjecit particulam *Ferè*. Nam primùm servi ipsi ex contractibus civiliter non obligantur; *§. item inutilis 6. sup. de inut. stip. l. 14. de obl. & act.* filii autem familias obligantur, & cum iis agi tamquam patribusfa. potest; *l. si filiusf. 39. dict. tit.* Deinde servus mutuam pecuniam accipiens obligat dominum de peculio: filius ex ea causa patrem de peculio non obligat propter Senatusconsultum Macedonianum, *§. pen. infr. eod.* Prætereà si servus fidejusserit rem peculiarem non agens, si liberum se mentitus judicium acceperit, compromiserit, jusjurandum detulerit; ex his causis actio de peculio in dominum non datur. Di-

ver-

versum est in filiosfamilias, *l. 3. §. filiusfam. 5. & seqq. l. 5. §. 2. de pecul.* Postremò quia servi peculium simplex est & unius generis, totum in domini, à quo profectum est, potestate; dominus ex contractu servi sine distinctione tenetur: pater autem non de omni peculio tenetur, sed de eo tantùm, quod ipse totum in potestate habet: cujusmodi hodie solum est profectitium; de quo plura scripsimus ad *d. §. actiones sup. tit.* In cæteris omnibus eadem omninò jura ex negotio gesto cùm servis & filiisfam. De servis autem quæ tractantur, satis constat, usum hodie non habere.

TEXTUS.

De servis quod jussu.

1. *Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum Prætor adversus dominum actionem pollicetur; scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.*

COMMENTARIUS.

SI jussu domini cum servo negotium gestum est meritò adversùs dominum actio Quod jussu daretur, atque adeò in solidum: nam quodammodo cum eo ipso contrahitur, qui jubet; Ulp. *l. 1. in princ. quod juss.* Ait Jurisconsultus *quodammodò*: verè enim non cum domino, qui jussit, sed cum servo contrahitur: & alioqui cessaret actio Quod jussu, ut accidit, cùm dominus servi tantùm ministerio utitur, ipse autem contrahit: veluti si mutuam pecuniam accepturus eam servo numerari jubeat; quo casu Quod jussu non competere, sed domino condici, scriptum est in *leg. ultim. quod juss. facit leg. qui autem 14. cum leg. seqq. de pec. const.* Sic si pater in contrahendo filii nudo ministerio utitur, ipse solus non filius obligatur; *l. 4. C. hoc tit. dict. l. ult. quod juss.* At si filius jussu patris contraxerit, uterque tenetur: pater Quod jussu, filius Directò; *l. pen. eod. l. 3. §. sed utrum 4. de minorib.* Jussum autem domini hic accipere debemus, sive jusserit, sive mandaverit, sive ratum habuerit, aut servi chirographo subscripserit; *l. 1. §. 1. 3. 4. & 6. quod juss.*

TEXTUS.

De exercitoria & institoria actione.

2. *Eadem ratione Prætor duas alias in solidum actiones pollicetur; quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cùm quis servum suum magistrum navi præposuerit; & quid cum eo ejus rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideò autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cùm quis tabernæ fortè, aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit; & quid cum eo ejus rei causa, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideò autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones Prætor reddit, & si liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernæ, aut cuilibet negotiationis præposuerit; scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniat.*

NOTÆ.

1. *Quotidianus navis quæstus*] Ad quem omnes obventiones & redditus navis pertinent: sive is dominus navis sit; sive à domino navem per aversionem conduxerit; *d. l. 1. §. 15.*

Cùm quis tabernæ] Taberna hìc est ἐργαστήριον, Statio, Officina. Gloss. juris, *Taberna*, ἐργαστήριον. Hinc tabernarius: *l. 5. §. 7. de inst. act.* id est, ἐργαστηριάρχης: Gloss. Gr. Lat.

COMMENTARIUS.

1 *Cum magistro & institore ipso etiam directò agi posse: quamquam in praxi hoc non receptum.*
2 *Si plures exerceant, singulos in solidum teneri: sed apud nos hoc non obtinere.*
3 *Exercitores non habere actionem adversùs contrahentes cum magistratu aut institore.*
4 *In contractibus cum præpositis ineundis diligenter observandam legem præpositionis: ubi multa notabilia.*

SI quid cum servo, quem dominus magistrum navi præposuit, contractum sit ejus rei causa, cui præpositus est, ad eam rem actio adversùs dominum edicto Prætoris constituta est, quæ exercitoria appellatur; *tit. ff. & Cod. de exercit. act.* Similiter si quid cum servo, quem dominus tabernæ aut cuilibet alteri negotiationi præfecit, ejus rei gratia gestum sit; in dominum eo nomine actionem Prætor pollicetur, quæ dicitur institoria; *tit. ff. & Cod. de inst. act.* Illa à præponente, qui exercitor dicitur, nominata est; hæc à præposito seu institore propter commoditatem sermonis. Utraque eamdem æquitatis rationem habet, quam superior illa Quod jussu; nimirum quia voluntate domini negotium gestum, ac proinde cum eo ipso quodammodò contractum intelligitur; *§. ult. inf. eod. l. si institorem 29. de reb. cred.* unde meritò etiam in solidum utraque proposita est.

Ad quem quotidianus navis quæstus] Exercitor dicitur, ad quem omnes obventiones & redditus navis pertinent; sive is dominus navis sit, sive à domi-

domino navem per avetsionem conduxerit; *l. 1. §. exercitorem 15. de exerc. act.* Magistrum autem navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est: maximè quidem cui ab exercitore; sed tamen etiam cui ab institore, *d.l. 1. §. 1. junct. §. magistrum 5.* ubi etiam ratio hujus rei redditur.

Institores vocantur] Institor, auctore Ulpiano, ex eo appellatus est, quòd negotio gerendo instet: nec multum refert, inquit, tabernæ sit præpositus, an cuilibet alii negotiationi; *l. 3. de instit. act.* puta rebus emendis, locandis, permutandis; ut declarant exempla *l. 5. eod.* Quamvis autem procurator, qui mutuis accipiendis pecuniis præpositus est, propriè institor non sit; placet tamen adversùs eum, qui præposuit, utilem ad exemplum institoriæ actionem dari, *leg. pen. eod. l. 5. C. eod.*

Et si quis liberum hominem] *L. 1. § cujus autem 4. de exerc. act. l. 7. §. 1. & 2. l. 8. de instit. act.* quibus locis traditur: Nihil interesse cujus conditionis sit, qui navi aut tabernæ præponitur, masculus an fœmina, paterfam. an filiusfa. pupillus an adultus aut ætate major, homo liber an servus præponentis, an alienus. Ex converso quoque parvi referre traditum est, quis præposuerit; *dict. l. 1. §. parvi autem 16. dict. l. 7. §. 1. l. 2. & ult. C. eod.* Nam & si is, qui in potestate aliena est, ejus voluntate navem aut tabernam exerceat, & quid cum eo, quem magisterio navis aut tabernæ præposuit, gestum sit: in eum, cujus in potestate est, judicium datur, *d.l. 1. §. si is qui 19. de exerc. act.* Et si mulier sit, quæ navem aut tabernam exercet, tenebitur & ipsa ex contractu eorum, quos præposuit: nec juvabitur Senatusconsulto, quoniam in obligationibus principalibus viro comparatur; *d.l. 1. §. parvi autem 16. de exerc. d. l. 7. §. 1. de inst. act. l. 4. Cod. eod.* nec sunt contractus hujusmodi alieni, sed ipsius mulieris. Græci in *Basilic. 52.* ἐκ ἔστι γὰρ ἀλλότριά εἰσι ταῦτα συναλλάγματα, ἀλλ' αὐτῆς τῆς γυναικός. Enim verò pupillus ex præpositione ut obligetur, necessaria est tutoris auctoritas; *d. l. 1. §. parvi autem, l. 9. de inst. act.*

Eadem æquitatis ratio] Conditio personæ præpositi non debuit impedire humanitatem Prætoris. Nam sive servus sive homo liber administrationi alicui præponatur, semper is, qui eum præponit, eo animo esse intelligitur, ut velit in ea administratione factum præpositi præstare, ne
1 contrahentes, qui præponentis magis quàm præpositi fidem sequuntur, decipiantur: estque hoc æquissimum, ut quorum ex contractu commoda publicè percipimus, eorum quoque in eadem causa facta agnoscamus, *l. 2. in pr. §. 2. & 4. de exerc. act. l. 1. de inst. act.* Quamquam summo jure hæ causæ ad actionem adversùs alium, quàm cum quo revera contractum est, acquirendam non sufficiunt. Planè cum quæritur, adversùs qtem actio detur, interest homo liber an servus sit, cum quo ut magistro aut institore contractum est. Nam servus ex contractu civiliter non obligatur, neque judicio agi cum eo potest, *l. 6. C. de jud. l. 14. de obl. & act.* & ideò solus dominus hic conveniendus est actione exercitoria. Si liber sit, uterque tenetur, & qui præposuit, & qui præpositus est: habetque creditor electionem, utrùm cum magistro aut institore directò agere, an cum iis, qui eos præposuerunt, exercitoria aut institoria experiri velit, *l. 1. §. est autem 17. & §. pen. de exerc. act. l. 6. §. ultim. naut.* 2
caup. stab. Nec obstat *leg. ult. de inst. act.* ex qua quidam adstruxerunt: Institores ipsos ex negotio institorio nomine gesto non teneri, nec conveniri posse. Nam, ut rectè plerique respondent, non proponitur in specie *d. l. ult.* institor, qui cum aliquo contraxit, aut se institorio nomine obligavit: sed qui tantùm professus est, esse penes mensam præponentis certam summam pecuniæ: ex cujusmodi nuda scriptione ad fidem mensæ protestandam, *om credit vande tafel te onderhouden*, mirum non est, si post mortem præponentis conveniri non possit, *Costal. in d. l. ultim. & ad l. 1. §. est autem 17. de exerc. act.* ubi tamen refert aliud placuisse Curiæ Parisiensi, eamque censuisse, Institores non rectè conveniri ex iis contractibus, quos nomine institorio inierunt, sed in dominos actionem esse intendendam, nisi domini eos, qui pro se gesserunt, pro institoribus non haberent. Quæ sententia etiam in praxi recepta est, *Christin. vol. 3. dec. 33. num. 9. add. D. Coren. obs. 26. re à sup. sen. Holl. jud.* Unde Angelus in *l. eamdem, de duobus reis*, ait: Quòd factores licèt mille litteris se scribant debitores, non pro- 3
pterea possunt conveniri, quòd videntur scribere factorio nomine. Similia & Decius *cons. 150.* Si plures navem aut tabernam exerceant, placet, singulos in solidum conveniri posse: ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit, *l. 1. §. ult. l. 2. 3. & 4. de exerc. act. l. habebat 13. §. ultim. & l. seq. de instit. act.* Sed hoc apud nos receptum non est ut mercaturæ noxium: sed singuli pro portionibus exercitionis tantùm conveniri possunt, *Grot. lib. 3. cap. 1. & 2. de jur. bell. cap. 11. num. 13. Groenew. de l. abrog. hic.* An igitur & ex contrario navem aut tabernam exercenti actio constituta est adversùs eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt? Minimè. Neque enim eodem auxilio indigent: cùm actione ordinaria, puta mandati, locati, negotiorum gestorum, cum magistro aut institore agere possint, *l. 1. §. sed ex contrario 18. de exerc. act. l. 1. de instit. act.* Planè si ab his rem suam servare nequeant, ex æquitate illis succurri solet etiam contra eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt, *dict. §. sed ex contrario, leg. 1. de exerc. act. l. 2. de instit. act.* Qui autem magistrum aut institorem in potestate habet, actiones ex contractibus eorum sibi quæsitas exercet. Illud porrò animadversione dignum est: quòd non ex omni causa ex contractu magistri aut institoris obligetur, qui eos præposuit: sed ex eo dumtaxat negotio, quod gestum est ejus rei gratia, ad quam præpo-

sti

fiti sunt, ut in hoc text. dicitur, & exemplis declaratur ab Ulpiano in *dict. leg.* §. *non autem* 7. *& seqq. de exerc. act. l.5. non tamen* 10. *& seqq. de*
4 *instit. act.* Proinde in contractibus cum institoribus aliisve officio alicui præpositis ineundis, lex & forma præpositis diligenter observanda est, *dict. leg.* 1. §. *igitur* 12. *de exerc. act. leg. sed si* 12. §. *conditio* 5. *de instit. act.* adeòque ipsum genus commissionis vel officii expendendum, & persona quoque ejus, cum quo contrahitur, examinanda, *leg. qui cum alio de reg. jur. Costal. in l.* 5. §. *non tamen, de instit. act.* Quid dicemus, si præpositi mutuas pecunias sumpserint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis, res expedita est. Si non habeant, cautè creditoribus agendum. Utique præpositio ad ea quoque extenditur, quæ sæpè incidenter & per consequentiam rei principaliter commissæ veniunt. Unde si, verbi gratia, navis reficienda aut instruenda sit, & magister in eam rem pecuniam mutuetur, actio in exercitorem dabitur: neque creditor adstringetur ad hoc, ut ipse curam reficiendæ navis suscipiat, probetve, pecuniam in refectionem erogatam esse, *leg.* 1. §. *quis si* 8. *leg. ultim. de exercit. act.* Cæterum non aliàs utiliter ager, quàm si concurrant illa omnia, quæ exigit Africanus in *dict. leg. ultim. & Gloss. & DD. ibidem.* Summa est: si cùm crederetur pecunia, navis in ea causa fuerit, ut refici deberet: si ea lege credita, ut in refectionem navis impenderetur: si creditor scivetit, eum, cui credidit, magistrum ei navi præpositum: si non majorem summam crediderit, quàm ad eam rem esset necessaria: postremò si in eo loco crediderit, ubi id, propter quod pecunia credita, comparari potest. Eademque ferè dicenda, si quis institori pecuniam crediderit, & de actione institoria adversùs dominum danda quæratur, *dict. leg. ultim.* §. *ultim.* eoque jure etiam hodie utimur, *Christin. volum.* 3. *decis.* 33. *n.* 2. eleganter & practicè *Ioan. Fab. hic, num.* 8. *& seq. Foller. ad Marant. p.* 4. *dist.* 22. adde quæ nos *ad Pet. Peck. in titul. rei naut. ad dict. leg. ultim.* Moribus harum regionum ex contractu uxoris palam negotiationem exercentis maritus obligatur: sed & uxor quoque tenetur; uti sæpissimè judicatum testatur *Christin. volum.* 3. *decis.* 27. Non idcircò tamen minùs in intercessionibus beneficio SCti utitur, *Neostad. obs. rei judic.* 18. *add. Sand. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 3. *&* 4. *Grot.* 1. *introd. cap.* 5. Quòd autem qui aliquam uxorem ducit, simul omnia ejus debita in se trahit; id non ideò fit, quia contractus uxoris maritum obligat; sed quia matrimonium parit communionem totius æris alieni, cujus partem dimidiam velut debitum proprium vir exsolvere cogitur, alteram dimidiam tamquam administrator totius familiæ, ac proinde negotiorum uxoris, *Gud. lib.* 3. *cap.* 11.

TEXTUS.

De tributoria.

3. *Introduxit & aliam actionem Prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei causa contractum erit: ita Prætor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione distribuatur. Et ideò tributoria vocatur, quia ipsi domino distributionem Prætor permittit. Nam si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quàm oportuerit; hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.*

NOTÆ.

2. *Sciente domino negotietur*] L. 1. §. 2. *de tribut. act.* Exigitur autem, ut saltem dominus non nolit, id est, sciat & patiatur servum in merce peculiari negotiari, *d. l.* 1. §. 3.

Quia ipsi domino distributionem] Ipse dominus tribuendi facultatem habet ex Prætoris edicto, *l. ult. eod.*

Quàm oportuerit] Hæc actio dolum malum coercet domini, *l.* 7. §. 2. *eod.* & id est, propter iniquam distributionem datur: cogiturque dominus per hanc actionem in medium afferre, quicquid mercium occultaverit. Th.

COMMENTARIUS.

Proponitur hic quarta actio ex contractu servi in dominum à Prætore comparata, quæ tributoria vocatur, id est, distributoria sive contributoria. Nam si quid cum servo in peculiari merce sciente domino negotiante contractum sit, jubetur dominus, quod ex ea merce & quod eo nomine receptum est, æqualiter inter creditores tribuere seu partiri, in quam partitionem & ipse quoque, si quid ei debetur sive mercis nomine sive alia ex causa, admittitur, *l.* 1. *&* 5. §. *per hanc actionem, & seqq. de tribut. act.* Si autem dolo malo ejus factum sit, quominùs ita tribueretur, tributoria in eum datur, ut quantò minus tributum sit quàm debuerit præstet. Itaque hæc actio tantùm dolum malum domini coercet: si videlicet malitiosè in distribuendo versatus sit, merces penes se retinuerit, aut sciens prudens perire sit passus. Quòd si tribuere nolit, potest evitare actionem mercibus cedendo, *l.* 7. §. 1. *& deinceps, eod.*

Sciente domino negotietur] Dominus peculium servo concedens, hoc ipso etiam jus contrahendi servo concedere intelligitur, *l.* 1. §. *item et quivimus* 5. *de acq. poss.* Cæterum hæc voluntas paulò generalior & aliquantò remotior est à singulis contractibus: qua de causa in actione de peculio exi-

æstimatio peculii fit deducto eo, quod domino debetur, ut audiemus §. *seq.* At in casu proposito voluntas domini propriùs ad negotium accedit: exigitur enim ut saltem non nolit, id est, sciat & patiatur servum in merce peculiari negotiari, *l.* 1. §. 1. & 2. *de tribus act.* Et ideò in actione tributoria placet, dominum privilegium deductionis non habere, sed æquali jure cum cæteris creditoribus in tributum vocari, *dict. l.* 1. *in pr. add. l.* 1. §. *licèt autem* 20. *l.* 6. *de exercit. act.*

TEXTUS.

De peculio & de in rem verso.

4. *Præterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit, ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit; id totum præstare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quicquid necessariò in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem puta aureis, quos servus tuus à Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos verò quinque quolibet modo consumpserit: pro quinque quidem in solidum damnari debet, pro cæteris verò quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem auri in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licèt enim una sit actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur: tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, antè dispicere solet, an in rem domini versum sit; nec aliter ad peculii æstimationem transit, quàm aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum. Cùm autem quæritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quicquid servus domino, eive, qui in potestate ejus sit, debet, & quod superest, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id, quod ei debet servus, qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in ipsius peculio sit. Quod eò pertinet, ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.*

NOTÆ.

4. *Quamvis sine voluntate*] Nam si domini voluntate, potest *Quod jussu* agi, *l.* 5. §. 2. *de in rem vers.*

Quicquid necessariò] Vel utiliter, *l.* 5. §. 3. *eod.* Quod autem magis ad voluptatem pertinet, non videtur versum. Hoc igitur dominus sine re detrimento patietur auferri, *leg.* 1. §. 4. *eod.* Locum hunc fusè explicat Ulpianus, *d. l.* 3. *d. l.* 5. 7. & 10. *eod.*

Licèt enim una sit actio] Hujus loci hanc esse sententiam puto, non tantùm singulis actionibus separatim, aut de peculio, aut de in rem verso, agi posse; sed etiam conjunctim, ut simul utrumque caput una formula ita ut proponitur in judicium deducatur. Eamque formam agendi esse commodissimam, ut mox ostenditur. Cæterum actio De in rem verso non minùs sola & per se institui potest, quàm illa de peculio, *l.* 1. *princ.* §. 1. *l.* 14. & 18. *in fin. de in rem vers.* §. *seq.* & §. *ultim. inf. eod.*

Duas habet condemnationes] Quando scilicet actioni de peculio illud emblema De in rem verso adjicitur. Altera enim seorsum & simpliciter intentata, ad alteram ex eadem causa non datur regressus, argum. *l.* 9. §. 1. *de tribus act.* & §. *seq. inf. eod.*

Antè deducitur, &c.] Naturalia debita spectamus in peculii deductione, *l.* 5. §. *ult. l.* 9. §. 2. & 3. *l.* 11. §. 1. *de pecul.* quemadmodum ex contrario quod dominus servo debet, peculium auget, *l.* 17. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Notatur & refutatur error eorum, qui putant, actionem De peculio, & eam De in rem verso, non esse duas distinctas actiones.*

PRæter superiores, quatuor sunt adhuc actiones: duæ, edicto item Prætoris ex contractibus servorum adversùs dominum prodiræ, quæ explicantur hoc loco, Actio de in rem verso, & Actio de peculio: quarum illa ob commodum, quod ex contractu servi ad dominum pervenit, constituta est; hæc ob domini voluntatem, uti & præcedentes: quamquam non ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideò nec quæ hujus generis sunt, eumdem effectum adversùs dominum habent, *l.* 1. §. *licèt autem* 20. *l.* 6. *de exerc. act. l.* 1. *per tot. de tribus act. junct. l.* 1. §. *item acquirimus* 5. *de acq. poss.*

Et quamvis sine voluntate domini] Actio de peculio dicitur dari ex negotio sine voluntate domini gesto, non quòd nulla omninò voluntas domini præcedat: nam, ut sæpè alibi diximus, qui peculium servo concedit, hoc ipso ei etiam jus contrahendi tacitè permittere intelligitur, per *d. l.* 1. §. *item acquirimus* 5. *de acq. poss.* sed respe-

cta

ctu actionum præcedentium, quæ ut competant, requiritur, vel voluntas aperta; ut in actione Quod jussu, exercitoria, & institoria: vel præter generalem concessionem peculii, saltem scientia domini & patientia; ut in tributoria: cùm de peculio dominus obligetur, etiamsi nesciat, servum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam est, quòd licèt illa Quod jussu, item exercitoria & institoria in solidum dominus teneatur: in tributoria quod sibi debetur non deducat; de peculio tamen non teneatur nisi pro modo peculii, & cum jure deducendi, quod ipsi servus debet.

Sive quod in rem ejus versum] Dominus de eo, quod servus sine voluntate ejus contraxit, quatenus in rem ejus versum est, in solidum tenetur actione De in rem verso; idque sive habeat servus peculium, sive non habeat: aut non tantum habeat, quantum acceptum est. Nam etiam ubi cessat actio de peculio, De in rem verso locum habet; *l. 1. in princ. & §. 1. de in rem vers.*

Quicquid necessariò in rem ejus, &c.] Ostendit exemplis, quid, quando in rem domini versum intelligatur. Et quidem quicquid servus necessariò in rem domini impendit, id omne citra controversiam in rem ipsius versum intelligitur; *l. 3. §. 1. l. 5. & 6. eod.* Sed tamen & quod utiliter gessit impenditve, in eadem causa est; *l. 5. §. 2. & passim, tit. eod.* nisi quòd in non necessariis non amplius in rem versum intelligatur, quàm est verum ipsius rei pretium; cùm in necessariis spectetur pretium conventum; *d. l. 5. in pr. eod.* Ut ergo generaliter dicam: toties De in rem verso actio competit, quoties procurator mandati, aut negotiorum gestor negotiorum gestorum actionem habet: quotiesque servus ita impendit, ut dominus rem suam aut meliorem haberet, aut non deteriorem; *d. l. 3. §. 2.* Quod verò in voluptariam causam impensum est, non videtur versum: nam nec procurator hoc imputaret; & non debet dominus ex eo onerari, quod ipse facturus non esset; *d. l. 3. §. sed si mutua 4.* Planè impensæ honestæ & consuetæ dominum De in rem verso obligant; *l. 7. §. 3. eod.*

Licèt enim una sit actio) Ita hoc loco disputat Justinianus, quasi actio De peculio & actio De in rem verso non sint duæ distinctæ actiones, sed una tantùm, quæ habeat duo capita duasque condemnationes. Unde quidam existimaverunt, actionem De in rem verso non esse propriam formulam & per se constantem, sed accessionem & appendicem dumtaxat actionis De peculio insititiam & exemptitiam. Proinde creditorem, qui De in rem verso agere instituit, De peculio actionem postulare oportere, ita ut simul illud emblema De in rem verso adjici postulet; *Hotom. Tuning. hic.* Quidam verò actioni De peculio etiam inesse adjectionem De in rem verso, nec actionem De in rem verso per se exerceri, nisi cùm deficit actio De peculio, *D. Cujac. hic, Duar. in tit. de in rem vers.* Neutri benè, meo quidem judicio. Nam, ut ego existimo, actio De in rem verso tam propria & per se constans formula est, quàm ea De peculio: potestque, non tantùm cum actio De peculio deficit, sola & per se institui; veluti cùm peculium servo sine dolo malo ademptum est, aut morte servi peculium extinctum, annusque, intra quem de peculio agi poterat, finitus; quibus casibus hæc actio etiam necessaria est; *l. 1. §. 1. l. 14. l. filiusfam. 19. in fin. de in rem vers.* sed etiam tunc, cum simul de peculio competit; *§. seq. in fin. & §. ult. l. 1. hoc tit. dict. l. 1. in princ.* Et cur tandem quæso non liceat mihi, si velim, De in rem verso seorsum agere, quamvis & De peculio experiri queam? Cùm autem simpliciter De peculio agitur, negamus, clausulam illam De in rem verso, De peculio actioni inesse aut pro adjecta haberi. Æstimatur quidem tunc quoque quod in rem domini versum est: sed tamquam servo debitum, ut tantò plus in peculio esse censeatur; uti docet *d. l. 1. §. ult. & d. l. 19.* At in condemnatione seorsum ejus, quod versum est, ratio non habetur; sed universi peculii sic, ut de toto deducatur, quod servus domino debet. Quod secus est, si adjecta fuerit clausula De in rem verso; ut docemur hoc text. Et ex contrario si simpliciter De in rem verso actum sit, peculii nulla ratio habeatur; sed ejus tantùm, quod in rem versum est. Quid igitur est, quod Justinianus hìc ait: Unam esse actionem, qua De peculio, De que eo quod in rem versum sit, agitur? Nimirum ostendere voluit, non tantùm singulis actionibus separatim aut De peculio aut De in rem verso agi posse, sed etiam conjunctim, unaque actione, ut caput simul utrumque, ita ut proponit, in judicium deducatur: eamque agendi formam esse commodissimam, propterea quòd tunc utriusque rei ratio habeatur, & prius dominus damnetur in solidum ejus, quod in rem ipsius versum esse probatum fuerit, de quo non deducit, quod sibi debet: & si illud non sufficiat, tum porrò damnetur, quatenus est in peculio, salvo beneficio deductionis. At seorsum altera intentata, ad alteram ex eadem causa regressus non datur. Per *l. 9. §. 1. de trib. & §. seq. hoc tit.*

Ante deducitur quicquid servus domino, &c. debet) Quemadmodum quod dominus servo debet, peculium auget; *l. si servus 17. in fin. de pecu.* ita ex contrario, quod servus domino debet, peculium minuit, atque extra peculium reputatur, quasi dominus prævenerit, & cum servo egerit. Idemque est, si quid servus debeat iis, qui in potestate domini sunt: quoniam hoc quoque domino debetur, *l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. d. tit.* Unum excipitur: Si servus ordinarius quid debeat vicario suo; quod ideò placeat de peculio ordinarii non deduci, quia ut ipse vicarius, ita & peculium ejus in peculio ordinarii est; *dict. l. si servus.* Ordinarius vicarii veluti dominus est vicarii, *δεσπότης οἰκέτου.* Gloss. Græc. Lat.

Tex-

TEXTUS.

De concursu dictarum actionum.

5. *Caterum dubium non est, quin is quoque, qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, De peculio, Deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, & tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui retributoria actio competit, aque De peculio, & De in rem verso agere potest. Sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo De peculio & De in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio pracipua non est, id est, quod domino debetur non deducitur; sed ejusdem juris est dominus, cujus & cateri creditores: at in actione De peculio ante deducitur quod domino debetur, & in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus De peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria ejus tantum, quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculii, aut quarta, vel etiam minima negotiari: majorem autem partem in prædiis, aut fœnebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certè qui potest probare, in rem domini versum esse, De in rem verso agere debet,*

NOTÆ.

5. *Domini conditio præcipua non est.*] In tributotio judicio non melior conditio domini quàm cæterorum creditorum, *l.1. de trib. act.*

Antè deducitur quod domino debetur] Nam in actione De peculio dominus habet privilegium deductionis, *d.l.1. & §.4. sup. eod.*

In hac actione totius peculii] In actione De peculio totius peculii, in tributoria ejus dumtaxat partis, de qua negotiatum est, ratio ducitur, *l. 11. de trib. act.*

Aut fœnebri pecunia] Ergo locum non habet institoria in fœnebri pecunia. Pac.

De in rem verso agere debet] Id est, expedit ei potiùs De in rem verso agere quàm tributoria propter solidi condemnationem. Theoph.

COMMENTARIUS.

LOcus hic planus est. Docet: ex uno eodemque negotio & contractu servi plures actiones concurrere, & simul competere posse. Ut ecce: Si servus peculium habens negotiationi alicui præpositus sit, & quid in utilitatem domini verterit, locus est & actioni institoriæ, & De peculio, & De in rem verso. Cujus rei hæc ratio est: quòd hæ actiones non sunt actiones propriæ & per se constantes, sed tantùm actionis ex contractu adjectiones. Exempli gratia: Si quid institor vendiderit, pecuniamque in rem domini converterit, una tantùm revera actione dominus tenetur, videlicet ex empto; sed trifariam ex ea causa conveniri potest, ex empto institoria, ex empto De peculio, ex empto De in rem verso. Concurrunt verò hæ actiones non cumulativè, ut loquuntur, ut pluribus vel simul vel successivè uti liceat; sed electivè, ut liceat unam eligere experiundi gratia: una autem electa seu in judicium deducta, aliæ consumuntur, quoniam omnes ex uno eodemque negotio descendunt, *l.9. §.1. de trib. act. l.4. §.ult. h. t.* Planè De peculio, Deque eo, quod in rem versum est, simul agi potest; sed una judicii formula caput utrumque complectente, ut superiùs dictum est.

Sed erit stultissimus] Quoniam unius harum actionum electione cæteræ perimuntur, atque inter has aliæ aliis sunt uberiores aut commodiores, monet creditorem, ut in eligendo cautionem adhibeat, simul eum docens, quænam illæ sint, quibus pleniùs aut faciliùs suum consequi possit; quod lectione, non interpretatione indiget.

TEXTUS.

De filiis-familias.

6. *Quæ diximus de servo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote & nepte, & patre avove, cujus in potestate sunt.*

COMMENTARIUS.

HOc idem in principio hujus titul. monuit promittens: si quid propriè in patre & filio observaretur, id separatim se indicaturum: cujus rei unum exemplum mox §. *seq.* adducit: nos plura ejusmodi notavimus ad *d. pr.*

TEXTUS.

De Senatusconf. Macedoniano.

7. *Illud propriè servatur in eorum persona, quod Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in potestate parentis sunt: & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve, (sive ad-*

ve adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione sua potestatis esse cœperint) quam adversus patrem avumve; sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideò Senatus prospexit, quia sæpè onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.

NOTÆ.

7. *Mutuas pecunias dari*] Non autem vendere, locare, aliove modo contrahere, aut alias res, vinum, oleum, frumentum, mutuo dare: modò ne quid in fraudem Senatusconsulti fiat, *l.3.§.3.l.7.§.3.d.t.*

COMMENTARIUS.

1 *Scopus Senatusconsulti. An hodieque sua vis constet. An ei filius renuntiare possit. An in foro animæ se ejus auxilio tueri.*

Filiusfam. ex contractu suo & ipse obligatur; *l. filiusf.39. de obl. & act.* & patrem obligat de peculio; *§.actiones 10.sup. de actionibus, l.3. §.filiusfam.& deinceps,de pecul.* Una tantùm causa
1 excipitur, ex qua placet, nec ipsum nec patrem ejus obligari, nempe si pecuniam mutuam acceperit: quod effectum est Senatusconsulto Macedoniano, cujus sententiam breviter hìc complectitur Justinianus.

Senatusconsultum Macedonianum prohibuit] Hoc Senatusconsultum auctoritate Vespasiani factum, refert Suetonius in ejus vita *cap.11. Auctor*, inquit, *Senatui fuit Vespasianus decernendi, ne filiorumf. fœneratoribus exigendi crediti jus unquam esset*, *hoc est, ne post patris quidem mortem*. Tacitus autem *l.11.annal.*id Claudio tribuere videtur, dum ait: Eum coercuisse sævitiam creditorum, ne in mortem parentum pecunias filiisfam. fœnori darent.

Mutuas pecunias dari] Duo hìc notanda. Primum, eum solùm contra Senatusconsultum facere, qui mutuum filiof. dedit, non qui aliàs contraxit, puta vendidit, locavit: modò ne quid factum sit in fraudem Senatusconsulti, *l.3.§.is autem 3. de Senatusc. Mac.* Deinde: solam pecuniæ numeratæ dationem Senatusconsulto prohibitam, cæteras autem res omnes utiliter filiof. mutuo dari: nisi & in his fraus Senatusconsulto quæratur, *l.7.§.mutui 3. d.tit.* Illud non refert, utrùm pecunia sub usuris mutuo data sit, an sine usuris, *d.l.7.§.sive autem 9.* quamvis Senatus præcipuè prohibuit filiisf. fœnerari, *l. 1. d.tit. l.3.C. eod.* Planè ejus pecuniæ repetitionem non impedit Senatusconsulti auctoritas, quæ filiofam. studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus suppeditatur: modò ne excedat eam quantitatem, quam pietas paterna non denegaret, *d.l.7.§ quod dicitur 13.l.5.C.eod.* Et in universum cessat Senatusconsultum, si pecunia in rem patris versa, *d.l.7.§.proinde 12.* aut voluntate patris credita sit, *d.l.7.§.interdum 11. l.12. eod. l.2. l.ult. C. eod.*

Qui in potestate parentis] Sine discrimine sexus aut gradus, *l.9.§.2. l.14. eod.* Nec refert, frugi sit filiusfam. an non; Magistratus, an privatus; nisi castrense aut quasi castrense peculium habeat, ad cujus quantitatem placet cessare Senatusconsultum, quia in eo vice patrisf. fungitur, *l.1. §.ultim.l.2.eod.* In filiofam. sub armata militia militante in totum cessat, *l.ult. §.ult.C. ad Senat. Maced.*

Denegatur actio] Nempe si contra Senatusconsultum factum esse appareat. Quòd si de eo ambigatur, exceptio adversùs actionem dabitur, *l. 1. de Senatusc. Mac. junct. l.9. de jurej.* quæ est illa à Jurisconsultis toties usurpata exceptio Senatusconsulti Macedoniani.

Vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint] Cùm scilicet pecunias mutuati essent, quo tempore adhuc in potestate erant. Nam vetat Senatusconsultum pecuniam credi filiofam. cæterisque liberis, qui in potestate sunt, *hoc text. dict. l.1. l.14.eod.* non vetat credi jam emancipatis aue aliter sui juris vivo adhuc patre effectis, *leg.3. §. ult. eod.*

Quæ ideò Senatus prospexit] Non sine gravi causa Senatus cavit, ne cui, qui filiofam. mutuam pecuniam dedisset, actio petitiove daretur. Nam hoc modo dum creditores à datione pecuniarum deterrentur, præciditur filiisfam. materia luxuriei, & occasio contrahendi æs alienum: quo cùm opprimi cœperint, verendum amplissimus Ordo existimavit, ne ad præmaturum atque improbum successionis & mortis paternæ votum impellantur, *d. leg.1. & hoc text.* Simile est apud Ciceronem in defensione Sexti Roscii. D.Tuldenus in *comm. ad hunc tit. cap.ultim.* quærit, & de eo aliquando dubitatum scribit: An etiam hodie secundùm mores harum regionum vis sua Senatusconsulto constet. Et putat constare, sed certis tantùm casibus, quoties scilicet creditor sciens in luxum pecuniam dedit, aut ea lege, ut post mortem patris redderetur cum fœnore. Extra hos casus, qui perpetuam æquitatis rationem habent, Senatusconsultum mansuetudini morum & humanitati nostrorum temporum non convenire. Illud etiam tractatum est: An filiusfam. se hujus Senatusconsulti auxilio tueri possit in foro conscientiæ. Vvamelius *cent.civ.2. cons.99.* Tuldenus ad *tit.C. ad Senatusc. Mac. num. 4.* respondent: In judicio animæ filiumfam. utentem exceptione Senatusconsulti tutum non esse: nisi creditor ipsi pecunias ad profusionem & luxum sciens subministraverit. Ad quem fermè modum & *Covar. ad cap. quamvis, de reg. jur. in 6. p.2. §.3 num.5.* qui illud quoque ibidem quærit: An filiusfam. exceptioni Senatusconsulti renuntiare valeat. Et rectè cum DD. comm. concludit, non posse. Quid si renuntiatio juramento corroborata sit? Putat idem Covar. *eod.loc.* tunc validam esse renuntiationem. Sed hoc vix est, ut ex

ra-

ratione juris civilis defendi possit. Unus Zasius *lib. 2. sing. resp. cap. 28.* etiam injuratam renuntiationem valere censuit; non utique ut filius renuntiatione sua patri præjudicet, sed sibi. Quam sententiam judicio supremi Senatus Mechliniensis comprobatam, refert *Christin. volum. 3. dec. 35. num. 10.*

TEXTUS.

De actione directa in patrem & dominum.

7. *Illud in summa admonendi sumus: id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse à patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directè posse condici placet: quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.*

COMMENTARIUS.

CUi Quod jussu vel De in rem verso, item cui exercitoria vel institoria competit, is etiam directò patri & domino condicere potest, *l. si institorem 29. de reb. cred. leg. si quis 17. ult. de inst. act. l. ult. pro soc.* Quod ego prudentum auctoritate introductum arbitror, qui postquàm à Prætore obliqua agendi ratio constituta esset, etiam directam admiserint hoc colore, quasi cum ipso patre aut domino res gesta sit, *h. tex. d. ll.* Hodie obliquæ istæ actiones, seu potiùs actionum adjectiones, Quòd jussu, Tributoria, De peculio, De in rem verso, usum non habent: quoniam neque servos ullos habemus, neque liberi nostri eo jure apud nos sunt, quo apud Veteres fuerunt. Tenemur quidem ex contractibus institorum nostrorum aut aliàs præpositorum, sive liberi nostri sint sive extranei; sed soli & directò, sicut supra quoque monuimus; ut proinde nec exercitoria nec institoria in usu ampliùs sit, quamvis nomina adhuc frequententur, ut meritò hunc titulum magna parte contrarium moribus nostris notet *Christin. vol. 3. decis. 34. post Bernad. Autum. in collat. jur. Gallici cum Rom. C. hoc tit.*

TITULUS VIII.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 9. Tit. 4. C. Lib. 3. Tit. 41.

Continuatio.

SUperiore titulo actum de judiciis, quæ in dominos dantur ex servorum contractibus: nunc agitur de iis, quibus domini tenentur propter eorum delicta. Nam servi non solùm contrahendo dominos obligant; sed etiam delinquendo. Ex delictis privatis [publica enim huc non pertinent] duplex actio est, nam & extra ordinem criminaliter eo nomine agi potest, & civiliter, *l. ult. de dol. priv. l. ultim. de furt. l. ult. de injur.* Criminaliter ex delicto servi cum domino non agitur; sed in ipsum servum eumque solùm accusatio & vindicta criminis dirigitur: nisi fortè jubente domino deliquit; quo casu etiam dominus tenetur, sed ex delicto proprio, ut quilibet alius, cujus mandato flagitium aliquod perpetratum est, ut notatum supr. ad §. *illud 7. de mand.* Civiliter verò seu pecuniariè cum solo domino agi potest: & siquidem jussit dominus servum delinquere, aut cùm prohibere posset, non prohibuit, in solidum obligatur, perinde ac si ipse deliquisset: si verò ignoravit, aut cùm sciret prohibuit, sed frustra, noxalis actio in eum datur, cujus hæc vis est, ut si damnatus fuerit, liceat ei deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem, *l. 1. cum 3. seq. hoc tit.* De peculio ex delictis prodita non est, sicut nec ex contractibus noxalis, *d. l. 1. ex pœnalibus 58. de reg. jur.*

TEXTUS.

De servis. Summa.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt: quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominem noxæ dedere.

NOTÆ.

Ex maleficiis] Et quasi maleficiis; nam de peculio ex contractibus tantùm prodita, *l. 1. de nox. act. l. 1. in fin. pr. & l. 5. §. 6. de his qui effud.*

COMMENTARIUS.

EX *maleficiis*] Nomine maleficii & quasi maleficium hic accipiemus, quemadmodum supra contractus appellatione & quasi contractus continetur.

Veluti si furtum fecerint] Noxales actiones appellantur, quæ non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversùs dominos instituuntur, *l. 1. h. t.* veluti si furtum fecerint, bona rapue-

rapuerint, damnum dederint, injuriam intulerint, aut qua alia ratione deliquerint: nam exempli tantùm causa quatuor istæ delictorum species nominantur. Planè delicta seu noxas accipere debemus privatas: nam ad eas noxas, quę publicam exercitionem habent, hæc actio non pertinet, *l. quid sit 17. §. noxas 18. de ædil. edict. leg. hæc stipulatio 200. de verb. sign.* Hinc autem apparet, actiones noxales non esse proprias & per se consistentes actiones; sed actionum ex delicto adjectiones: sicut actio de peculio adjectio est actionis ex contractu.

Aut litis æstimationem] Sola litis æstimatio in obligatione est: nam noxæ dedendi potestatem dominus à lege accipit, *l. 6. §. 1. de re jud.* unde intelligimus, non esse necessarium, ut in judicio noxali aut actor disjunctivè petat, aut judex disjunctivè sententiam pronuntiet, quamvis ita & pronuntiare usitatum; *§. 1. inst. de off. jud.* & peri consultum: ne, dum simpliciter litis æstimationem petimus, videamur arguere scientiam domini, & malè agere.

TEXTUS.

Quid sit noxa & noxia.

1. *Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est, servus: noxia ipsum maleficium, veluti furtum, rapina, damnum, injuria.*

NOn omninò abs re est, ut plerique clamitant, quod hic tradit Justinianus: Vocabulo *Noxæ* significari auctorem maleficii servum. Nam etsi passim non minùs noxa quàm noxia pro ipso maleficio usurpatur, *l. 1. & 2. §. 1. leg. si quis 14. de nox. act. leg. si quid sit 17. §. noxias 18. de ædil. edict. cum simil.* negari tamen non potest, quin aliquando Veteres noxę appellatione etiam ipsum servum qui deliquit intelligant, veluti cùm dicunt: Dominum habere *noxæ dedendæ* facultatem, *l. item veniunt 20. §. item 5. de hær. pet. l. 6. §. 1. de re jud.* item *noxam dedere, l. 1. in fin. pr. de his qui dejec. §. 1. inst. de off. jud.* Neque enim aliud est noxam dedere, quàm dedere servum noxiosum. Servius ad illud Virgilii *1. Æneid. Vnius ob noxam, &c. Quidam noxa, qua nocuit, noxia, id quod nocitum accipiunt.* Planè cùm dicunt Noxæ dedere; Noxa maleficium significat: est enim imperfecta illa locutio, & vetusta consuetudine subaudiendum, *Nomine*, ut *Noxæ* fiat genitivi casus. Eadem forma dicimus: Cavere damni infecti, Satis legatorum desiderare, *l. 3. §. 2. ut in poss. leg. &c.* nisi noxam pro pœna accipimus, ut noxæ dedere idem valeat, quòd dedere pro pœna noxæ; nam & in noxam & ad noxam dedere legimus, *l. 1. §. cum arietes 11. si quadr. paup. fec. l. si in re 19. §. ult. h. t.* & Veteres glossæ Philoxeni noxæ deditum interpretantur ἔκδοτον εἰς κόλασιν; teste Salmas. *lib. de mod. usur. pag. 888.*

TEXTUS.

Ratio harum actionum.

2. *Summa autem ratione permissum est, noxæ deditione fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.*

COMMENTARIUS.

SIcut durum atque acerbum videtur, ei, qui damnum passus est, nulla ex parte satisfieri: ita & iniquum visum, dominum ex maleficio servi in plus teneri, quàm ut noxæ eum dedat, *l. 2. in pr. h. t.*

TEXTUS.

Effectus noxæ deditionis.

3. *Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus servum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus servi dominium à domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus est servus, resarcierit quæsita pecunia, auxilio Prætoris invito domino manumittetur.*

NOTÆ.

3. *Invito domino manumittetur* [Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. De homine libero noxæ dedito idem tradit Papinian. *apud Rufin. tit. de atroc. injur.*

COMMENTARIUS.

DOminus servum noxæ dedendo liberatur ab æstimatione litis, servique dediti dominium in perpetuum ab eo discedit, quamvis non statim pleno jure migret in eum, cui deditus est; nam noxæ deditio Quiritiatium dominium non transfert, sed bonitarium tantùm: hoc est facit ut deditus in bonis esse incipiat ejus, cui deditur, *l. electio 25. §. ult. h. t. l. 2. in fin. si ex nox. caus. ag.* Sed hac distinctione non ampliùs utimur, *l. unic. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Sin autem damnum] Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem consequi non potest, quantumcumque pecuniam offerat: in proposito tamen placuit, eum posse, servumque noxæ deditum, si quæsita aliunde pecunia damnum sarcierit, auxilio Prætoris, invito domino, cui deditus est, manumitti. Cujus ego rei hanc esse rationem puto, quòd causa servitutis apud hunc dominum est damnum, quod ei datum est: quæ causa cùm cesset oblata damni æstimatione, cessare etiam debet effectus.

TEX-

TEXTUS.

De origine harum actionum.

4. *Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto Prætoris. Legibus, veluti furti ex lege 12. Tabularum, damni injuriæ ex lege Aquilia. Edicto Prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.*

COMMENTARIUS.

HIc locus confirmat quod supra diximus: Actiones noxales ab actionibus ex delicto non differre specie, sed tantùm qualitate adjectitia, cujus is effectus est, ut servum noxæ dedere liceat.

Veluti furti] Intellige nec manifesti in duplum. Nam furti manifesti actio non legitima, sed honoraria est, *infr. de perp. & temp. act. circa fin. pr. Accurs. Contius, Cujac.*

TEXTUS.

Qui conveniuntur noxali actione.

5. *Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum actio est. Si autem in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse. At si manumissus fuerit, directè ipse tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxiam commiserit, & is servus tuus esse cœperit, (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum esse noxalis actio, quæ antè directa fuisset.*

COMMENTARIUS.

1 *Cùm servus ex contractu ne quidem post manumissionem conveniri queat, cur placeat, eum manumissum ex delicto directa actione teneri?*

NOxalis actio caput sequitur] Iisdem verbis hæc regula affertur in *l. qui ex pluribus 20. h.t.* Plerumque autem dicitur: *Noxa caput sequitur, l. ult. eod. l. 11. C. eod. l. rem mihi 21. in fin. commod. leg. 1. §. si apud 18. depos. l. 2. in fin. de priv. del. l. quod dicitur 18. de furt. l. 4. C. an serv. pro suo fact.* Id est, noxa aut potiùs noxalis obligatio & actio cum capite nocentis ambulat, comitaturque auctorem noxæ servum, quocumque eat, & ad quemcumque perveniat. Unde in venditionibus servorum hæc clausula adjici solita erat: *Eos noxis solutos esse, l. 1. §. 1. & pass. de ædil. edict.* hoc est, non esse in ea causa, ut dominus eorum nomine judicio noxali conveniri possit.

Si manumissus fuerit] Huic etiam casui accommodatur regula: *Noxa caput sequitur, l. 1. §. si apud 18. depos. l. 4 C. an serv. pro suo fact.* Ceterùm quia manumissus ipse judicio conveniri potest, cessat actio noxalis, & cum eo directè agitur, perinde ac si quo tempore deliquit liber fuisset, *leg. quod ab alio 15. de cond. furt. d. l. 4. C. an serv. pro suo fact.* At enim cùm servus ex contractu servi- 1
tutis tempore inito ne quidem post manumissionem conveniri queat, *l. 1. 2. & 5. C. d. tit. excepto casu speciali l. 5. C. eod.* cur placet, ex delicto tempore servitutis commisso manumissum directè conveniri? Non sanè quia obligatio ex delicto, quæ antè naturalis erat, post manumissionem incipit esse civilis: ut putant D. Hotomann. & Tuning. nam & ex contractibus servi naturaliter obligantur, *l. 14. de obl. & act.* sed quia delicta domino ignorante & nolente committuntur, atque in invitos & ignorantes; ut proinde hinc nata obligatio personæ ipsius servi planè inhæreat, servumque æquè ac liberum pœnæ subjiciat, quæ etiam ipsi servo irrogatur, cùm de coercitione corporali quæritur. Tantùm obstat conditio servi, quominùs pecuniario & civili judicio cum eo agi possit, quod obstaculum manumissione removetur. Contractuum verò dissimilis ratio est. Nam servus peculium habens voluntate domini contrahere intelligitur: quippè cui dominus peculium concedendo, etiam jus contrahendi tacitè concedit, ut qui cum servo contrahit, non tam servi, cum quo scit nullam sibi actionem esse posse, quàm domini personam spectare videatur.

Si liber homo] Hoc exemplum superiori contrarium est: nam ut illic actio noxalis ex post facto incipit esse directa, ita hìc directa fit ex post facto noxalis. Nimirum semper actiones ex delicto venientes cum capite ambulant, *l. 7. §. 1. de cap. min. l. 2. in fin. de privil. del.*

TEXTUS.

Si servus domino noxiam commiserit, vel contra.

6. *Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum & eum, qui in potestate ejus, nulla obligatio nasci potest. Ideoque si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus tibi noxiam commiserit, & is postea in potestate tua esse cœperit, interdicitur actio: quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideòque licèt exierit de tua potestate, agere non potes: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.*

COM-

COMMENTARIUS.

QUod dictum est: Ex maleficiis servorum noxales actiones proditas esse, noxamque sequi caput nocentis, eumque manumissum quoque teneri: id ita se habet, si servus extraneo noxam commiserit, secus autem si domino; nam hic jus potestatis facit, ut nulla ab initio nascatur actio, *l. 1. C. hoc tit. l. ult. Cod. an serv. pro suo fact.* ubi facetè Diocletianus & Maximianus jubent, dominum servum domi convenire, id est, verberibus castigare.

Et ideo si alienam potestatem] Consectarium ex præcedenti. Nam ex eo, quòd ob noxam à servo in dominum commissam nulla actio nascitur, hoc necessariò sequitur. Neque enim potest actio, quæ nata non est, servum auctorem noxæ sequi, aut post ejus alienationem vel manumissionem demum nasci, *dict. leg. ult. Cod. an. serv. pro suo fact. d. l. 1. Cod. hoc tit. l. quod dicitur, 18. de furt.*

Unde si alienus servus] *L. si alienus 37. hoc tit. dict. l. ultim. Cod. an serv. pro suo fact.* Regula de extinctione obligationis postquàm in eum casum recidit, à quo incipere non potest, à me exposita est *ad §. ex contrario, 14. supr. de legat.*

Intercidatur actio] Legendum haud dubiè *Intercidit*, cum Russardo, Cujacio, & Hotomanno. Theophilus reddidit ἀποσβέννυται, id est, *Extinguitur*: quo verbo in eadem re utitur Triphonin. *dict. l. si alienus 37. hoc tit.*

Licèt exierit de potestate] Quoniam actio semel extincta non restauratur, *dict. l. ultim. & dict. leg. alienus leg. qui res 98. §. aream 8. de solut.*

Si dominus in servum suum] Hoc eamdem rationem habet: quia scilicet nulla ex ipso facto nata fuit actio.

TEXTUS.

De filiisfamilias.

7. *Sed Veteres quidem hoc in filiisfamiliarum masculis & fœminis admisere; nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem rectè respuendam esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum & maximè filiam in noxam alii dare, ut penè per filii corpus pater magis quàm filius periclitetur? cùm in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc benè excludat. Et ideò placuit, in servos tantummodò noxales actiones esse proponendas: quum apud Veteres legum commentatores invenerimus sæpiùs dictum, ipsos filiosfamiliarum pro suis delictis posse conveniri.*

NOTÆ.

7. *In noxam alii dari, ut penè per filii corpus*] Cujac. *ex lib. vett. Dare, ut penè per corpus pater magis*, &c. quomodò & Th. legisse videtur.

Pro suis delictis conveniri] Etiam pecuniariè, *dict. ll.* Quin in patrem etiam post condemnationem actio judicati de peculio datur, *l. 3. §. 11. de pecul.*

COMMENTARIUS.

APud Veteres non minùs filiorum filiarumque familias noxæ deditio quàm servorum permittebatur: nam patri non minor in liberos quàm domino in servos potestas erat. Sed posteà illud displicuit: diu tamen ante tempora Justiniani, ut alibi probavimus, *l. 33. & seqq. hoc tit. l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 5. §. pen. de oblig. & act. Paul. 2. sent. 31. Papin. apud leg. Mos. & Rom. pariatorem tit. 2.* Rationes displicentiæ variæ hic afferuntur. Prima sumitur à miseratione liberorum, qui ita in servitutem alii tradebantur: cui adjungitur alia à favore pudicitiæ, tangens præcipuè sexum fœmineum. Tertia ducitur à miseratione patris, quò facit *leg. 8. in fin. quo met. caus.* Chrysost. *hom. 29. in Genes. 29.* ἴσε πῶς πολλάκις ηὔξαντο πατέρες ὑπὲρ παίδων τιμωρίαν ὑπέχειν, &c. *Scitis sæpè patres optare pœnam pro liberis substinere.* Postrema ex eo, quòd ipsi liberi ex delictis suis pecuniariè quoque conveniri possint: qui si condemnati fuerint, judicatum facere tenentur. Quin etiam in patrem quoque post condemnationem actio judicati de peculio datur, *leg. 3. §. idem scribit 11. leg. & si 35. de pecul.* Actionum noxalium hodie nullus usus est, quoniam servos non habemus.

TITULUS IX.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

Dig. Lib. 9. Tit. 1.

Nexus.

IN numero actionum noxalium est & actio de pauperie: nam quemadmodum superiores ob noxam servi, ita hæc ob noxam animalis in dominum datur, ut aut damnum sarciat, aut corpus quod nocuit noxæ dedat.

TEXTUS.

De actione, si quadrupes, ex l. XII. Tab.

Animalium nomine, quæ ratione carent, si qua lascivia, aut pavore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege 12. Tab. prodita est: quæ animalia si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex 12. Tab. scripta est: ut puta; si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam moventur, locum habet. Cæterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si ursus fugerit à domino, & si nocuerit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiit dominus esse, ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinent actionem.

NOTÆ.

Aut feritate] Non naturali, sed qua contra naturam generis sui animal motum pauperiem dedit, *l. 1. §. 7. hoc tit.* ἐξίσταται τῆς φύσεως. Arist. *7. Eth. 7.*

Ita lex 12. Tab. scripta] *d. l. 1. in pr.* Legis etiam Soloniæ de pauperie meminit Plutarch. in Solon. vide & Levit. 21. *vers. 28. & seqq.* Plat. 11. *de legib.*

Contra naturam moventur] Quòd si culpa aut instigatu hominis fera damnum dederit, damni injuriæ agetur, *d. l. 1. §. 4. & 3. seqq.*

Si genitalis sit feritas] Id est genuina & naturalis, *d. l. §. 10.*

COMMENTARIUS.

ANimalium nomine] *In rubr. hìc & in* Pand. quadrupedum tantùm mentio fit. Nimirum lex 12. tab. nominatim de quadrupedibus scripta fuit, quæ ferè solæ nocere solent. Placuit tamen, utilem actionem dari, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit, *l. 4. hoc tit.* Porrò quadrupedum quædam sunt pecudes, nimirum quæ gregatim pascuntur; quædam non pecudes, *§. 1. & §. capite 13. supr. de leg. Aquil.* Rursus non pecudum quædam sunt cicures, mansuetæ, domesticæ, ut canes, feles, *l. 2. §. 2. ad leg. Aq.* quædam feræ bestiæ, in quibus genitalis est feritas, ut ursi, apri, leones, *l. 1. §. in bestiis 10. hoc tit. d. l. 2. §. 2. ad l. Aq.* Ad solas autem pecudes, aut utique ad quadrupedes mansuetas tantùm hæc actio pertinet. De feris tamen bestiis utilis datur, *§. 1. inf. eod.*

Aut pavore] Aliàs *fervore*. Theophil. κατὰ θέρμοντα.

Aut feritate] Non naturali, sed qua contra naturam generis sui mota damnum dederunt: nam motus in animali non nisi qui contra naturam est, huic actioni locum facit; ut mox sequitur.

Noxalis actio] Id est, ita de pauperie, ut siquidem is, cum quo agitur, damni æstimationem præstare velit, animal retinere possit; si verò noxæ dedere malit, liberetur, *l. 1. eod.*

Quia ita l. 12. tab. scripta] Et ideò ita scripta, quoniam iniquum erat, ferociam horum animalium ultra corpora ipsorum dominis damnosam esse, *arg. §. 2. titul. præc.* Sanè ex causa etiam graviùs coerceri dominus poterit, velut si sciens vitium animalis, id passus sit vagari sine custode.

Quæ contra naturam moventur] Id est, contra naturalem mansuetudinem omnium ejus generis animalium, & quasi ex contracto quodam vitio, ut exempla equi calcitrosi & bovis cornu petere soliti ostendunt: alioqui culpa aut instigatu hominis damnum datum credendum est, & lege Aquilia vel in factum agendum, *l. 1. §. itaque 4. cum 3. §§. seq. hoc tit.*

Si genitalis sit feritas] Id est, nativa. Gell. *lib. 4. cap. 1. Aiunt, Tribatium ex edicto apposuisse, si ea mulier à principio genitali in sterilitate esset.* Et igitur actio de pauperie ob damnum à feris bestiis illatum non conceditur, *leg. 1. §. in bestiis 10. hoc tit.*

Denique si ursus fugerit] Si fera nocuit, postquàm fugisset; ideò de pauperie non competit, quia nullius erat, cùm damnum daret. Idem est, si fugerit, postquàm nocuisset; quia instar servi manumissi est, nec dedi quæ evasit fera potest. Sed & si adhuc in potestate sit, tamen de pauperie in dominum non datur: quia cessat hæc actio, ubi genitali feritate animal nocuit, *l. 1. §. in bestiis 10. hoc tit.* Cæterum postremo hoc casu,

& si

& si non directa, utilis tamen de pauperie competit, §. 1. *inf. eod.*

Quod sensu caret] Id est, non sentit aut intelligit se delinquere, quòd rationis usu caret. Nam sensum utique & animam sentientem etiam animalia bruta habent. Sed & injuriam facere dici possunt, eo scilicet sensu, quo & jure uti dicuntur, *sup. de jur. nat. gent. & civ.* Unde si arietes commiserunt, & alter alterum occidit, & inter provocantem ceu injuriam inferentem, & provocatum ceu injuriam illatam repellentem distinguitur, *l. 1. §. cum arietes 11. hoc tit. vid. Grot. 1. de jur. bell. 2. n. 3.*

TEXTUS.

De actione ædilitia, concurrente cum actione de pauperie.

1. *Cæterum sciendum est, ædilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgò iter fit: & si adversus ea factum erit, & nocitum libero homini esse dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur. Cæterarum verò rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.*

NOTÆ.

1. *Ursum, leonem*] Aliave id generis animalia, quæ noceant, *l. 41. dict. tit.*

Et de pauperie] Utilis scilicet, ut suprà diximus. Utilis item datur, cùm non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit, *l. pen. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat: & quædam usu nunc recepta.*

EDicto ædilitio vetitum est, ibi canem, verrem, aprum, lupum, aliudve id genus animal, quod nocere solet, habere, qua vulgò iter fit, *l. hi, enim 40. §. 1. cum 2. ll. seqq. de ædil. edict.* ubi verba edicti referuntur.

Nocitum libero homini] Ob vulnus ab animali nocere solito in via publica homini libero inflictum, actio ex edicto in bonum & æquum conceditur, *leg. qua vulgo 41. d. tit.* scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cùm liberum corpus æstimationem non recipiat: sed impensarum in curationem factarum, & operarum amissarum, quasque amissurus qui esset mutilis factus, *l. 3. hoc tit.* Quòd si liber homo ex ea re deperiit, ducentorum solidorum judicium datur, *d. l. qua vulgo.*

Cæterarum rerum, quanti damnum datum, dupli] Ob damnum à fera bestia aut vitioso animali aliter quàm homine libero vulnerando in via publica datum, in duplum actio datur, *d. leg. qua vulgo.*

Et de pauperie competit] Utilis scilicet. Nam, ut antè dictum est, directa non competit de damno dato à fera bestia; sed nec utilis tunc aliter locum habet, quàm si fera quæ nocuit, adhuc in potestate sit. An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat, dubitatum est: propterea quòd Solon in lege, quam de animalium brutorum pauperie tulit, nominatim canis mentionem facit, auctore Plutarcho; & similiter Plato *lib. 11. de legib.* Verisimile autem est, decemviros à legibus Atheniensibus suam sumpsisse. Quod ego in medio relinquo: quoniam effectu juris nihil interest, utilem an directam competere dicamus, ut in specie *l. 2. §. 1. hoc tit.* Si pecus secundùm naturam suam agendo damnum dederit, putà agrum alienum depastum sit, non agitur de pauperie, sed propria actione de pastu pecoris, quæ & ipsa noxalis est, & simul cum de pauperie prodita lege 12. *tab. Paul. 1. sentent. 15. l. g. qui servandarum 14. §. ult. de præscr. verb.* Hodie noxæ deditio non usurpatur, sed damnum datum æstimatur arbitrio judicis, *Vvesemb. par. hoc tit. n. 6. Busin. l. 1. §. planè 11. ff. hoc tit.* Grotius tamen *lib. 3. introd. c. 38.* simpliciter jus Romanum refert, quasi noxæ deditio etiamnum posita sit in arbitrio domini: quod & Gronevv. *d. ll. abrog. hic* affirmat. Invaluit quoque contra jus civile Rom. *l. Quintus 39. §. 1. ad l. Aq.* ut pecus in alieno agro deprehensum includere liceat, quoad domino pascuorum satisfiat, *Vvesemb. d. l. Baro. Tuning. hic Grot. d. loc.*

Nunquam actiones, præsertim pœnales] Hoc idem traditur *in l. pen. de obl. & act. l. nunquam 130. de reg. jur. l. 2. de priv. delict.* De concursu plurium actionum, longa & perplexa, neque hujus loci disputatio: adeantur *Petr. Fab. ad leg. nemo 43. §. 1. & d. l. nunquam de reg. jur. Don. lib. 11. comm. 3. Hotom. illust. q. 29. Tim. Fab. disp. anniv. 28. Bacchov. hic*, qui istam materiam ex professo & plenè tractaverunt.

TITULUS X.

DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS

Ratio ordinis.

PRæcedentes tituli nos docuerunt, quibus actionibus quis alieno nomine conveniri possit. Non incommodè nunc subjicitur de personis, per quas agere cuique, litemque intendere aut excipere liceat.

TEXTUS.

Per quos agere liceat.

Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem, aut suo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agi non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat, furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut Reipublicæ causa abessent, quive in eorum cujusvis tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quòd alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & necessaria peregrinatio, itemque alia multa causæ sæpè hominibus impedimento sunt, quominus rem suam ipsi exequi possint.

NOTÆ.

Alterius nomine agere non posse] Facit ut caput in 12. tab. cujus meminit Gell. *lib.* 2. *cap.* 1. jure quoque Attico non licebat pro altero agere. *Vid.* Quint. *lib.* 2. *cap.* 16.

Pro populo] Pro populo agebat actor, syndicus, συνήγορος, quoniam universi agere non possunt.

Pro libertate] Quia servo jus non erat lege agendi: quam ob causam assertor constituebatur. Livius *lib.* 3. *Assertor est vindex alienæ libertatis*, Dom. *in And. act.* 2. *scen.* 1.

Pro tutela] Id est, nomine tutorio pro pupillo, quippe qui propter ætatem ipse in judicio consistere non potest.

COMMENTARIUS.

ALterius nomine agere non posse] Antiquitùs alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legitimæ erant, id est, certis ac solemnibus formulis constabant, *l.* 2. §. *deinde* 6. *de orig. jur.* quas proindè suo quemque nomine & præsentem proponere oportebat. Cujus rei arg. est caput illud in duodecim tabulis, cujus meminit Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. *Si morbus ætasve vitium escit, qui in jus vocavit, jumentum dato, si volet, arceramve sternito.* Sed postquàm actus contentiosæ jurisdictionis qualitatem illam, ex qua olim legis actiones æstimabantur, amiserunt, cœperuntque per procuratores exerceri; soli actus jurisdictionis voluntariæ, quales sunt adoptio, emancipatio, manumissio, nomen vetus legis actionum & naturam retinuerunt, ut alieno nomine expediri nequeant: eòque refero *l. nemo* 123. *de reg. jur.* add. quæ scripsimus ad §. *sed & si*, 8. *sup. quib. modus jus patr. pot. solut.*

Nisi pro populo, pro libertate, pro tutela] Hæ causæ necessariò exceptæ: quoniam nec universi agere possunt, nec servo jus erat lege agendi; quam ob causam assertor constituebatur, *tot. tit. C. de assert. toll.* Pupillus autem propter ætatem in judicio consistere non poterat.

Pro tutela] Id est, pro pupillo, nomine tutorio. Quod ideò moneo, ne quis hunc locum cum Theophilo interpretetur de duobus inter se de tutela contendentibus, uter ipsorum tutor esse debeat: quod est ineptissimum.

Lege Hostilia] Pacius in notis marginalibus ait, hanc legem tulisse A. Hostilium consulem cum A. Attilio, anno ab urbe condita 580. quo auctore, nescio.

Non minimam incommoditatem.] Usus procuratorum perquàm necessarius est, ut qui rebus suis superesse vel nolunt, vel non possunt, vel non satis commodè possunt aut honestè, per alios possint vel agere, vel actionem excipere, *leg.* 1. §. 2. *de procur.*

Nam & morbus & ætas, &c.] Hujusmodi impedimenta usum procuratorum initio introduxerunt, *l.* 1. §. 2. *de procur.* quo tamen semel recepto, etiam extra causam necessitatis aut impedimenti per procuratores lis inferri vel suscipi cœpit.

TEXTUS.

Quibus modis procurator constituatur.

1. *Procurator neque certis verbis, neque præsente semper adversario, imò & plerumque eo ignorante, constituitur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur.*

NOTÆ.

1. *Procurator*] Procurator dicitur, quisquis aliena negotia mandato domini administrat, *d. l.* 1. *pr.* & §. 1. sed ad propositam materiam pertinent soli procuratores forenses.

Neque certis verbis] *d. l.* 1. §. 1. id est, non verbis solemnibus, aut conceptis, sed nudis. Paul. 1. *sent.* 3.

Cuicumque permiseris] Dummodò procurator

rator esse non prohibeatur; §. *ult. infr. de except.* Pac.

Is tunc procurator intelligitur] Specialiter tamen procurator à reo datus defensor dicitur: quem actor constituit, procurator, *tit. de proc. & defens.* iisdemque defensor dicitur, *l.28. l.40. §.2. l.51. & c. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quale sit officium, & quæ potestas procuratoris, maximè hodie.*

PRocurator in usu juris dicitur, qui aliena negotia mandato domini administrat. Nec is tantùm, qui administrat forensia & judicialia; sed etiam qui alia quævis extra judicium, *leg.1. in princ. & §.1. de procur. vid. supr. titul. de mandat.* sed de hoc genere nunc non quæritur. Soli illi ad propositam tractationem pertinent, qui quòd alienam litem procurant, procuratores ad lites vulgò appellantur.

Neque certis verbis neque præsente adversario] *dict. l.1. §.1.* Hic autem locus indicio est, olim certam fuisse formulam verbis quibusdam solemnibus conceptam, qua procuratores præsentibus adversariis constituerentur.

Rem suam agere aut defendere] Specialiter tamen procurator à reo datus defensor dicitur: quem verò actor constituit, procurator, nomine generis ad speciem oppositam contracto, *rubric. de procur. & def.* Specialissimè autem defensor eum denotat, qui sine mandato absentis defensionem suscipit; §. *si verò 5. tit. seq.*

Jure Romano procuratoris officium privatum fuit: quod & nemo subibat invitus, *l. invitus 17. Cod. de proc.* & quivis mandato domini exercere poterat, *leg.1. eod.* utique si non expressè procurator esse prohiberetur; §. *ultim. infr. de except.* At moribus hodiernis procuratorum munus publicum est, cùm in unoquoque foro certæ personæ designentur, juramentoque adigantur: quæ solæ id munus obeant, singulorumque negotia exemplo advocatorum suscipere cogantur. Quod tuendæ forensis dignitatis causâ institutum est; ne scilicet rerum forensium omnino imperiti negotia privatorum apud Magistratum defendant; *argum. l.1. de postul. Ber. hic commun. pars. ultim. & supr. de mand. Gail.1. observ. 43. Merul. libr. 4. distinct.3. tit.13. Gudelin. lib.4. de jur. nov. cap.4. Christin. vol.2. decis. 107. Zypæ. not. jur. Belg. de procur.* qui eodem loco etiam accuratè docet, quibus rebus advocati & procuratoris munia discrepent. Quæ sit potestas cujusque procuratoria, ex forma mandati simulque ex mente domini æstimandum est. Aliquando enim plus videri potest mandatum quàm expressum; ut ecce: ei, cui mandatum est in rem agere, censetur quoque, si res mobilis est, mandatum, ut agat ad exhibendum, *l. ad rem 56. de procur.* Nam in universum cui aliquod negotium mandatum est, cuncta simul concessa videntur, sine quibus illud negotium explicari non potest; *l.2. & ibi DD. de jurisd.* Item procurator ad agendum datus poterit quoque dominum in mutua petitione, quæ fortè à reo adversùs eum fiet, defendere: quoniam quicumque nomine alieno agit, hoc ipsum etiam cavere debet, *l. serv. 33. §. ait prætor. de procurat. Ludov. Rom. singul. 115.* Ex contrario quamvis generale sit mandatum, tamen eo non intelliguntur contineri, quæ verisimile est non facilè quempiam mandaturum fuisse: cujusmodi sunt causa famæ, transactio, delatio jurisjurandi, & similia, quæ idcircò dicuntur speciale exigere mandatum, *l. non solùm 39. §. ultim. leg. mandato 60. eod. tit. capit. qui ad agendum, Codic. eod. in 6. & ibi Gloss. Vvesemb. part. de procurat. numer. 7. & 11. Merul. libr. 4. dist. 3. titul. 13. & 4. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. cap. 4.*

TEXTUS.

Quibus modis tutores vel curatores constituuntur.

2. *Tutores & curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.*

COMMENTARIUS.

TUtores & curatores aliis modis quàm procuratores constituuntur, nimirum aut testamento à parentibus, aut lege, aut à Magistratibus, quibus id specialiter permissum est; ut suis locis expositum est, *lib.1. tit.13. & seq.*

TITULUS XI.

DE SATISDATIONIBUS.

Dig. Lib. 2. Tit. 8. C. Lib. 2. Tit. 57.

Continuatio. Cautio quotuplex.

Quoniam alieno nomine sine satisdatione agi non potest, multòque minùs actio alieno nomine suscipi; non intempestivè tractatio de satisdationibus superiori subjicitur. Videamus igitur, quid sit satisdatio. Cautio alia dicitur nuda, quæ est promissio securitatis sine pignore aut fidejussore: cui si jusjurandum accedat, dicitur juratoria; §.2. *inf. eod.* Alia idonea, quæ satisdatio vocatur: & fit vel pignoribus datis, vel fidejussoribus, *l. promissor. 21. §.2. de const. pec.* frequentissimè tamen ea, quæ fit datis fidejussoribus, in specie satisdatio appellatur, *l.1. qui satisd. l.3. C. de verb. sign.* & quoties lex aut Prætor satisdationem desiderant, regulariter fidejussoribus datis cavendum est, *l. 7. de stip. præt.* quamquam nonnunquam & pignora admittuntur, *l.1. §. jubet. 9. de collat. l.2. §.3. quod legat.* Finis satisdationum & cautionum, de quibus hoc tit. agitur, hic est, ut judicium eaque, quæ in judicio usque ad sententiam aguntur, tantò magis rata sint, effectumq; suum consequantur.

TEXTUS.

De judicio personali.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit; alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur: ut si victus esset, nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem potestas esset petitori, aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus. Quæ satisdatio appellatur Judicatum solvi. *Unde autem sic appelletur, facile est intelligere. Namque stipulabatur quis, ut solveretur sibi, quod fuisset judicatum. Multò magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator verò si in rem agebat, satisdare jubebatur,* Rem ratam dominum habiturum. *Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem experiretur. Tutores verò & curatores eodem modo quo procuratores satisdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Hæc ita erant, si in rem agebatur.*

NOTÆ.

Satisdationum] Satisdare propriè est fidejussoribus datis cavere, *l.1. qui satisd. cog. l.3. Cod. de verb. sign. l.7. de præt. stip.*

Ut si victus esset] Vestigia hujus antiquitatis cernimus *l.8. l.11. & passim sub tit. judic. solv.*

Si alieno nomine judicium accipiebat] Quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus sine satisdatione, *l.46. §.2. l.53. de procur.* Cæterùm & de rato cavere debebat, *l.40. §.2. d. t.*

Satisdare jubebatur, rem ratam, &c.] Nempe ubi de mandato domini non satis liquidè docere poterat, *l.3. §.2. ut in poss. leg. l.1. Cod. de proc.* neque enim, qui mandatum domini ostendit, supervacua cautione onerari debet, *d. l.1. Cod. de procur.*

Tutores & curatores, &c. satisdare debere] Rectiùs dixisset, satisdare non debere, adjecta hac exceptione: Nisi cùm dubitatur, an tutores sint, vel an adhuc duret tutela, *l.23. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

1 *Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere de rato.*

2 *Sed neque tutorem, quem talem esse constat.*

Antiquitati placuit] Antiqui hujus juris vestigia non pauca nobis in Pand. reliquerunt Compositores, uti ex iis, quæ sequuntur, apparebit. Proponitur autem hoc jus sub triplici distinctione, actionis in rem & in personam, rei & actoris, personarum principalium & pro his judicio intervenientium.

Satisdare possessor compellebatur] Olim in actione in rem possessor satisdate judicatum solvi cogebatur, *l.8. & alib. jud. solv. l. si eum 33. de fidei.* Patet etiam ex *l.1. C. uti poss.* si possessor non cavisset, possessionem in adversarium translatam fuisse, nimirum quia periculum erat, ne rem faceret deteriorem: qua de causa res mobilis nonnumquam sequestrari & apud officium deponi solebat, *l.7. in fin. qui satisd. cog.*

Nec rem ipsam, nec litis æstimationem] Hic locus confirmat, quod *sup. de act. §. præterea 31.* asseruimus: Etiam civilem actionem in rem arbitrariam fuisse, id est, in ea quoque hoc observari solitum, ut primò possessor juberetur rem restituere: post deinde si non restitueret, condemnaretur in litis æstimationem.

Cum eo, aut cum fidejussoribus] Itaque contra quàm Hotomannus existimat, reo condemnato, ... nec

nec solvere, non tantùm in fidejussores, sed etiam in ipsum reum agi ex hac stipulatione potuit, licèt hic propria quoque actione, judicati videlicet, teneretur.

Judicatum solvi] Hæc stipulatio, auctore Ulpiano *l.6.jud.solv.* tres clausulas in unum collatas habet, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. Atque ex omnibus his causis committitur, *l.3.§ si reus 8.l.5.§.2.l.cum quærebatur 13.l.ex clausula 17.eod.* Prima autem clausula omnium potissima est, & ideò inde nomen accepit.

Multò magis si alieno nomine] Olim qui in rem judicium alieno nomine suscipiebat, multò magis quàm reus satisdare cogebatur: quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus est sine satisdatione, *l. qui proprio 46. §. 2. l. non videtur 53. de cur.* Sed & præter solitam satisdationem judicatum solvi, etiam de rato cavere debebat, *l.Pomponius 40. §. 2. d. tit.*

Ipse autem qui in rem] Olim qui in rem suo nomine agebat, satisdare non cogebatur. Quippe in cujus persona satisdatio judicatum solvi locum non habebat, cùm actor non damnetur: neque verendum erat, ut is, qui ultro litem intendit, moras necteret, litemve non persequeretur.

Procurator verò si in rem] Ait: Procuratorem actoris satisdare solitum fuisse, rem ratam dominum habiturum. Falsa propositio, si de vero procuratore, seu eo qui speciale mandatum domini profert, accipitur, *l.1.C.de procur.l.3.§.2. ut in poss.leg.facil.l. si procurator 65. de procur. l. 1. in pr. C. de satisd.* Nam stultum esset, cautionem de rato exigi ab eo, qui mandatum domini ostendit: nec minùs iniquum, ubi nullum periculum est, ne dominus iterum agat, procuratorem superflua cautione onerari. At, inquis, qui mandatum non habet ad agendum, pro alio non admittitur, quamvis de rato cautionem off. rat, nisi admodum rarò *d.l. Pomponius, §. ult. de proc.* Quomodò igitur defendimus enuntiationem Justiniani? Nimirum, inter eos, quos procuratores esse aut non esse constat, sunt intermedii, qui se procuratores esse dicunt, & de mandato domini aliquam saltem fidem faciunt, quamvis de eo satis liquidè docere non possint: ac de his solis dicimus textum hunc intelligendum esse; *arg. l. 3. §. 2. ut in poss.leg.l.1.C.de proc.* Quibus locis perspicuè distinguitur inter eum, cui mandatum esse constat, & de quo dubitatur: ut ille ad agendum alieno nomine admittatur, etiam sine cautione: hic non aliter, quàm si de rato caveat. Eadem quoque conditione admittuntur & sine mandato personæ conjunctæ, *d. l. Pomponius, §. ult. de proc.* item procurator universorum negotiorum, *l. 5. §. qui procuratoris 18. de nov. op. nunc.*

Tutores & curatores eodem modo] Ait: Tutorum & curatorum eamdem in satisdando conditionem fuisse, quæ procuratorum fuit: sed aliquando his agentibus satisdationem remissam. Hæc quoque sententia falsa est. Nam tum magis tutores quos tales esse constat, de rato cavent, quàm procurator, quem talem esse certum est, *l. vulgò 23. de adm. tut.* ejusque rei perspicua ratio est, quam etiam Jurisconsultus *d. loc.* affert: quia non minùs tutor quàm procurator rem in judicium deducit, ut metuendum non sit, ne pupillus iterum expetiatur. Tunc solùm cautio præstanda, cùm dubitatur, an quis tutor sit, vel an adhuc duret tutela, *d.l.vulgò.* Quod in procuratore, cùm de mandato dubitatur, obtinere paulò antè diximus. Itaque convertamus potiùs propositionem cum Ulpiano *in d. l. vulgo*, dicamusque: tutores & curatores de rato non cavere. Adjecta hac declaratione ex eodem Ulpiano: Ut si dubitetur, an quis tutor aut curator sit, tum cautio jure exigatur.

Verba edicti] Videtur intelligere caput edicti, quod recitat Ulpian. *l. servum 35. §. ait prætor. de procur.* ubi qui alieno nomine actionem postulat, jubetur cavere, se eum, cujus nomine agere instituit, defensurum, si quid vice mutua ab eo reus petat, & simul cum, ad quem ea res pertinet, ratam rem habiturum. Sed ut pars illa edicti non pertinet ad procuratorem speciale mandatum habentem: quippe quem constat de rato non cavere; ita nec ad tutorem pertinet, qui idem jus habet: ac tametsi altera illa cautio de defendendo eo, cujus nomine agitur, etiam à procuratore speciale mandatum habente præstanda sit; tamen tutores & curatores, ne illa quidem satisdatione onerari placuit; *l. ult. §. 3. C. de adm. tut.* Sed de eo hic non quæritur.

TEXTUS.

De judicio personali.

1. *Si verò in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, qua in rem agitur: ab ejus verò parte, cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdaret, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam* judicatum solvi, *satisdare non cogebatur.*

NOTÆ.

1. *Siquidem alieno nomine, omnimodò satisdaret*] Judicatum scilicet solvi, *l. 5. §. ult. quib. ex caus. in poss. omnimodò*, id est, etiamsi mandatum habeat *l. 21. rat. in rem hab. l. 1. in fin. C. de satisd.*

Nemo defensor idoneus] Regula passim tradita Defensor idoneus, id est, ἱκανός, ἀξιόχρεως, Locuples, ἀξιόχρεως.

COMMENTARIUS.

A*B actoris parte eadem obtinebant*] Itaque qui in personam agebat, siquidem suo nomine non satisdabat: sin alieno, satisdabat, rem ratam haberi, *l. servum 33. in fin. de procur.* nisi de man-

dato constaret: nam ubi mandatum apparet, non est necessaria satisdatio de rato, ut suprà probavimus.

Ab ejus parte, cum quo agitur] Jure antiquo qui in actione personali defensionem alterius suscipiebat, satisdare cogebatur judicatum solvi, *l.5. §.ult. quib. ex caus. in poss.* & uti est in textu, *Omnimodò*: id est, sive mandatum non haberet, sive haberet, quod etiam expressum *in l.1. in fin. C. de satisd. l. ne satisdatio 21. rat. rem hab.* & satis intelligitur ex generali regula passim tradita: Quòd nemo alienæ rei defensor idoneus est sine satisdatione. Rationem hanc esse arbitror, quòd susceptio judicii species quædam est delegationis, *l. 11. §.1. de nov.* facitque, ut subtilitate juris reus liberatus videatur. Ut proinde meritò qui in locum rei succedit, & dominus litis efficitur, hac cautione oneretur, etiamsi mandatum habeat, ne invito actori alius reus objiciatur. Et inde est, quòd stricta ratione juris in procuratorem sententia fertur, & actio judicati datur: quamvis ex æquitate Prætor actionem in eum deneget, & in reum, cujus revera negotium gestum est, concedit, *l.4. de re jud.*

Quòd si proprio nomine] Qui suo nomine actionem in personam suscipiebat, judicatum solvi satisdare non tenebatur. In actione in rem contra erat. Differentiæ ratio hæc redditur: quòd in actione in personam reus non æquè condemnationem evitare potest quàm in actione in rem; quippe mora obligationem perpetuat: at eamdem vim adversùs possessorem non habet, quem placet absolvi, etiamsi post litem contestatam possidere rem desierit, modò dolo & culpa careat, *l. sin autem 27. §.1. de rei vend.* de quo plura scripsi ad *§. sic itaque 14. in fin. sup. de act.*

TEXTUS.

Jus novum. De Reo.

2. *Sed hodie hæc aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive personali suo nomine, nullam satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur: sed pro sua tantùm persona, quòd judicio permaneat usque ad terminum litis. Vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promissionem, vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.*

NOTÆ.

2. *Pro litis æstimatione*] Ἐντὸς τῆς διατιμήσεως τῆς δίκης, id est, judicatum solvi satisdare non cogitur; quæ satisdatio ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

Usque ad terminum litis] Terminus litis est sententia. Itaque hæc cautio plus continet quàm vetus illa *Judicio sisti*.

COMMENTARIUS.

HOdie qui suo nomine quacumque actione convenitur, satisdare de litis æstimatione non cogitur. De litis æstimatione dixit pro judicatum solvi, quæ olim ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

Sed pro sua tantùm persona] Cujusvis judicii reus principalis de exitu litis expectando vel satisdare, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratoriæ cautioni committuntur pauperiores; ut jurent scilicet se facturos, quod aliàs, fidejussoribus datis, promittere debuissent: simul & hoc, se idoneos fidejussores reperire non potuisse, *auth. generaliter, C. de Episc. & Cler.* Personæ quoque illustres non satisdant, sed jurant, *l. quoties 17. C. de dign. lib. 12.* A reliquis exigitur satisdatio, exceptis iis, qui immobilia possident, *l. sciendum 15. qui satisd. cog.* quos nec jurare teneri arbitror: alioqui quis locus esset nudæ repromissioni, quæ hoc loco *& in rubr. qui satisd.* opponitur cautioni juratoriæ? Et igitur stabitur nudæ possessoris immobilium promissioni. Interpretes *in l.1. & d. l. sciendum, d. tit.* ferè censent, possessorem teneri ea bona simul hypothecæ obligare. Quod mihi à mente Jurisconsulti *in d. l. sciendum*, valdè alienum esse videtur. Quin cautio pignoratitia non minùs idonea, imò aliquando utilior est, quàm fidejussoria.

Usque ad terminum litis] Hæc igitur cautio plus continet quàm vetus illa Judicio sisti. Nam illi satisfit, si reus judicio exhibeatur, neque necesse est litis exitum expectare. Huic verò non satisfit, nisi terminus litis expectetur. Alia cautio est, quæ novissimo jure in executorem litis exponitur de contestanda lite intra duos menses, *auth. libellum, C. de lit. cont.*

TEXTUS.

De procuratore actoris.

3. *Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur, in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, satisdationem procurator dare compellitur. Eodem observando & si tutor, vel curator, vel aliæ tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.*

NOTÆ.

3. *Vel aliæ tales personæ*] Intellige syndicos, vel actores municipiorum aut corporum.

Litem per alium inferant] Puta vel per procuratorem, *leg. 11. Cod. eod.* vel per actorem quem ipse tutor aut curator ex sua persona constituere possunt, *leg. un. Cod. de act. à tut. seu cur. dand.*

dandi, ipsi verò per se agentes non satisdant; *l. 23. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

IN *actoris persona*] Qui ad agendum alieno nomine admitti postulat: siquidem mandatum probet, vel præsentis domini habeat auctoritatem, satisdare non cogitur rem ratam dominum habiturum, *l. 1. C. de satisd. l. si procuratorem 65. de proc. l. 1. C. eod. l. 3. §. 2. ut in poss leg. l. ne satisdatio 21. rat. rem hab.* sin minùs, sine satisdatione non admittitur. Sed nec omnes, qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione de rato admittuntur: sed solæ personæ conjunctæ, *l. sed & hæ 35. l. Pomponius 40. §. ult. de proc.* item procurator omnium bonorum, *l. 5. §. si procurator. 18. de nov. op. nunc.* eademque conditione admittitur, cui an mandatum sit, vel non sit, dubitatur, *d. l. 3. §. 2. ut in poss. legat. d. l. 1. C. de proc.* & secundùm hæc temperandi textus generales in *l. servum, §. ait Prætor, leg. non solum 39. §. 1. de proc.*

Eodem observando & si tutor, vel curator, &c. litem per alium inferunt] Puta vel per procuratorem à pupillo vel adulto constitutum tutore vel curatore interveniente, *l. 11. C. de pro.* vel per actorem, quem ipse tutor vel curator ex sua persona constituere possunt, *leg. un. C. de act. à tut. seu cur. dand. §. ult. sup. de curat.*

TEXTUS.

De procuratore rei præsentis.

4. *Si verò aliquis convenitur; siquidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, & sui procuratoris personam per* Judicatum solvi *satisdationem solemni stipulatione firmare; vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus* Judicatum solvi *satisdationis clausulis: Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, ut tam ipse quàm heredes ejus obligentur. Alia insuper cautela vel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in judicium veniet; vel si non venerit, omnia dabit fidejussor, quæ in condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.*

COMMENTARIUS.

DE eo qui nomine rei judicio intervenit, duplex tractatio est. Prima de procuratore rei, id est, eo, qui mandatum defendendi habet. De quo agitur *hoc §.* Altera de eo, qui mandatum non habet, & in specie defensor dicitur. De quo *§. seq.*

Potest vel ipse in judicium venire, &c.] Superiùs dictum est, eum, qui alienæ litis defensionem suscipit, teneri omnino satisdare judicatum solvi. Hìc proponitur modus, quo reus procuratorem suum ab hoc onere liberare valeat; nimirum si ipse pro procuratore suo vel in judicio vel extra judicium eam cautionem exponat, atque procuratoris sui existat fidejussor.

Pro omnibus judicatum solvi clausulis] Nempe tribus illis, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, *l. 6. jud. solu.*

Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur.] Legendum omnino, *Ubi & hypotheca rerum suarum cavere compellitur.* Nempe quoniam ipse reus principalis hìc fidejussor est, qui etiam aliàs tenetur, præter satisdationem hoc ampliùs ab eo exigitur, ut etiam bona sua hypothecæ obliget, quò certiùs actori cautum sit.

Alia insuper cautela, &c.] Duplicem igitur cautionem in proposito reus præstat; unam pro persona procuratoris sui, alteram pro persona sua. In illa ipse fidejussor est; in hac, qua promittit, se tempore recitandæ sententiæ in judicium venturum, fidejussor non est, nec esse potest; sed alium fidejussorem dat, qui idem adpromittat.

Propter personam ipsius exponenda] Non à procuratore, ut malè nonnulli, *sc. Accurs. & Curt. Theoph.* Interpretes: sed ab ipso reo, à quo manifestè tam hanc quàm superiorem cautionem exigit Justinianus, *Fabrot.* Nec minùs apertè Theophilus paraphrastes Græcus. Nam verba illa, *A procuratore*, non sunt Theophili, sed emblema Curtii Interpretis Latini. Quod mirum est in editione Theophili non animadvertisse D. Gothofredum.

Omnia dabit fidejussor.] A reo in causam propositam datus, Theophilus: πάντα παρέξει ὁ ... ἔγγυητής. Vel ipse, vel fidejussor. Et ita *Cujac. in not. poster.*

TEXTUS.

De procuratore rei absentis.

5. *Si verò reus præsto ex quacumque causa non fuerit, & alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda, potest hoc facere: ita tamen ut satisdationem* Judicatum solvi *pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundùm veterem regulam (ut jam dictum est) alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.*

COM-

COMMENTARIUS.

AD agendum alieno nomine sine mandato nemo admittitur præterquàm paucis casibus, quos supra memoravimus. At defensionem alterius suscipere nemo vetatur, qui modò paratus sit satisdationem judicatum solvi pro litis æstimatione præstare; *leg. un. Cod. de satisd.* Cur tam variè? Nimirum humanum est, atque ideò publicè expedit, absentes à quibuscumque posse defendi; *leg. servum 33. §. 2. de proc.* nulla verò aut humanitatis, aut ratio publicæ utilitatis suadet, ut cuivis permittendum sit, alieno nomine agere. Sed & multum interest rei, ne conveniatur à falso procuratore, quoniam dominus iterum experiri potest; nihil autem interest actoris, à quo reus defendatur, modò idonea satisdatio ea, quam diximus, præstetur. Ex quo porrò etiam hoc est, quòd defensor statim atque cavit, dominus litis efficitur etiam ante litis contestationem; *leg. Titius 76. de procur.* & in ipsum actio judicati datur; *leg. Plautius 91. d. tit. leg. 4. de re jud.*

TEXTUS.

Unde hæc forma discenda.

6. *Quæ omnia apertiùs & perfectiùs quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparente.*

Ubi hæc forma observanda.

7. *Quam formam non solùm in hac regia urbe, sed etiam omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiam fortè aliter celebratur) obtinere censemus: quum necesse sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem ejusque observantiam sequi.*

NOTÆ.

6. *Iudiciorum usu*] Usus est omnium rerum optimus magister.

7. *Non solùm in hac regia urbe*] Constantinopolim intellige, quæ etiam nova Roma appellata est, quòd in eam Imperii sedes translata. Græci πόλιν κρατοῦσαν, πόλιν βασιλεύουσαν appellant. Bysantium ante dicta fuit.

COMMENTARIUS.

1 *Hodiernus satisdationum modus & usus.*

HÆc non indigent interpretatione. Cicero *lib. 1. de offi. Nec Medici, nec Imperatores, nec Oratores, quamvis artis præcepta perceperint, quicquam magna laude dignum sine usu & exercitatione consequi possunt.* Usus satisdationum hodie perexiguus præterquàm adversùs debitores extraneos, quos detinemus, qui aliàs etiam coguntur domicilium in territorio ubi agitur eligere. Actor non de alio cavet quàm de æstimatione sumptuum litis reo fortè vincenti repensanda; adeòque ad nullam cautionem tenetur, si domicilium sub jurisdictione judicis, apud quem agitur, habeat, vel etiam bona immobilia possideat. Procurator sine mandato ad litigandum non admittitur, nisi arcto sanguinis aut affinitatis vinculo ei, pro quo intervenit, conjunctus sit; quo casu admitti solet cum cautione de rato. Defensor idoneum mandatum exhibens judicatum solvi satisdare non tenetur; *vid. Gloss. Io. Fab. hic, Tulden. cap. 2. & 3. Merul. lib. 4. distinct. 3. tit. 13. cap. 1. & deinceps & sect. 3. tit. 5. cap. 1. Vvesemb. qui satisd. cog. nu. 6. Gadelin. lib. 4. de jur. nov. cap. 4. & 5. Christ. vol. 2. decis. 145. & ibi citat. & Nai vol. Groenevv. de l. abrog. hic, per tot.*

TITULUS XII.

DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HÆREDES ET IN HÆREDES TRANSEUNT.

C. Lib. 4. Tit. 11.

Continuatio.

QUoniam actio alicui constituta non semper durat, sed actiones certo temporis spatio terminatæ sunt: neq; etiam omnes, quæ in defunctum competebant, æquè in hæredes dantur: & aliquando nec hæredi datur, quæ competebat defuncto; non abs re est, quòd hic titulus superioribus subjicitur ad tractationem de actionibus concludendam.

TEX-

TEXTUS.

De perpetuis & temporalibus actionibus.

Hoc loco admonendi sumus: eas quidem actiones, quæ ex lege Senatusve consulto, sive ex sacris Constitutionibus proficiscuntur, perpetuò solere antiquitùs competere, donec sacræ Constitutiones tam in rem quàm in personam actionibus certos fines dederunt: eas verò, quæ ex propria Prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam & ipsum Prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenduntur, id est, usque ad finem Constitutionibus introductum; quales sunt eæ, quas bonorum possessori cæterisque, qui hæredis loco sunt, accommodant. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius Prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuò datur. Absurdum enim esse existimavit, anno eam terminari.

NOTÆ.

Certos fines dederunt] Hoc autem publicæ utilitatis causa constitutum est, ut litium aliquis esset finis; argum. *leg. 1. de usuc. vide comm.*

Prætoris intra annum erat imperium] Prætores in annum creabantur. *Liv.* 31. *Tac. ann.* 1. Prætorum anniversariorum edicta erant annua, quæ quisque proponebat initio Magistratus sui ex lege Cornelia; *Dio.* 36.

Quas bonorum possessori] Bonorum possessor & fideicommissarius Trebellianus Prohæredes sunt. *Fabrot.*

COMMENTARIUS.

1 *Ratione inter actiones prætorias numeretur fideicommissaria hæreditatis petitio.*

EX *lege &c.*] Actiones, quæ ex lege, Senatusve consulto, aut ex Principum Constitutionibus proficiscebantur, olim perpetuò solebant competere: nimirum cùm legis & similium juris Constitutionum vis esset perpetua, consentaneum videbatur, actiones ex his juris partibus profectas nullo tempore finiri.

Donec sacræ Constitutiones actionibus certis fines dederunt] Quod publicæ utilitatis causa constitutum est, ut litium aliquis esset finis, tandemque aliquando possessores & debitores securi forent; *arg. l. 1. de usuc.*

Certos fines dederunt] Ut scilicet actiones triginta & ad summum quadraginta annorum præscriptione excluderentur; *leg. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* quod tempus nunc abusivè perpetuum dicitur. Paucæ sunt quæ demum 40. annorum spatio finiuntur. Tantum tempus durat actio hypothecaria; sed uno duntaxat casu: videlicet cùm ipse debitor hæresve ejus obligatæ possessioni incumbunt; *l. 7. §. 1. C. de præscr. 30. ann. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.* Nam extranei possessores, bona fide possidentes decem aut viginti annorum, mala fide tenentes 30. annorum præscriptionem opponere possunt; *l. 1. & 2. C. si adv. cred. præsc. d. l. 7. in pr. C. de ann. exc. Tuld. ad d. tit. C. Christin. vol. 4. decis. 81. num. 9.* quamquam & ubi bona fide possidetur, 30. annorum spatium requiri, Senatus hujus provinciæ judicavit; *dec. Cur. Holl. 8.* Ad hæc: actiones omnes judicio semel inclusæ non nisi 40. annorum præscriptione excluduntur; *d. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.*

Tam in rem] Actiones in rem non minùs quàm actiones in personam olim perpetuæ fuerunt: utræque autem nunc eodem temporis spatio, id est, triginta annis terminantur. Neque enim illæ quæ in rem sunt, simplici exceptione temporis decem annorum inter præsentes, viginti inter absentes excluduntur: sed propter possessionem alterius conjunctam cum titulo & bona fide, & tanto tempore continuatam, prioris domini jus extinguitur, & alteri dominium rei possessæ jure civili acquiritur.

Quæ ex Prætoris jurisdictione pendent] Ait: actiones, quæ ex jurisdictione Prætoris veniunt, plerumque unum duntaxat annum durare; & subjicit pro ratione: quòd Prætoris edictum, unde proficiscuntur, diuturniorem vim non habet. Quæ ratio si bona est, dicendum erat: actiones prætorias non plerumque, sed semper anni spatio finiri: & credibile quoque est, initio nullas diuturniorem vim habuisse, quàm habebat ipsum edictum, ex quo descendebant; sed postea nonnullas cœpisse perpetuò competere, postquam non tam Prætorem quàm præturam spectari placuit atque ex edictis maximè quæ evidens commendabat æquitas, perpetuò jus diei. De quo vid. *Ascon. in orat. Cic. pro Corn. Balbo, & Augustin. de legib. pop. Ro.*

Aliquando in perpetuum extenduntur] Imò sæpè. Nam honorariæ actiones omnes, quæ rei persectionem continent; veluti Publiciana: de constituta pecunia; ex jurejurando; exercitoria; institoria; de peculio, &c. perpetuæ sunt, id est, 30. annos durant, nisi sit quæ rescindat, quod jure civili ratum est; *l. in honorariis, l. 35. de obl. & act.* Sed & ex pœnalibus quædam perpetuò competunt; ut mox audiemus.

Bonorum possessori cæterisque, qui hæredis loco.] Significat duas hasce in rem actiones de universitate; possessoriam hæreditatis petitionem, & fideicommissariam hæreditatis petitionem. Has actiones ait esse perpetuas, licèt jure prætorio constitutæ sint. Perpetuas esse constat; priorem quoque prætoriam, utpote proditam bonorum possessoribus, quos Prætor velut hæredes facit; *l. 1. de poss. hær.*

hær. pet. Sed altera illa, quæ proponitur iis, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, non videtur esse juris prætorii, sed actio civilis: quippe iis competens, qui pro hæredibus sunt ex Senatusconsulto. Nisi distinguendum putamus inter petitionem hæreditatis, & actiones hæreditarias, *arg. l. 2. de fid. hær. pet.* Sed dixerim potiùs: eo loco jus civile in specie per excellentiam accipi pro jure antiquo legis 12. tabularum, & opponi petitionem hæreditatis civilem petitioni fideicommissariæ: non ut actioni prætoriæ, sed ut novo jure civili introductæ; nimirum Senatusconsulto Trebelliano. Nam minimè novum est, ut hoc sensu jus civile opponatur iis juris partibus, quæ posteà accesserunt; puta Senatusconsultis aut Principum Constitutionibus; *§. 4. & 6. sup. de fid. hæred. §. 3. sup. de testam. ord.*

Furti quoque manifesti actio] Actiones prætoriæ pœnales regulariter tantùm intra annum dantur; *leg. in honorariis 35. de obl. & act.* Excipitur actio furti manifesti: quæ quamvis & ipsa prætoria sit & pœnalis; perpetuò tamen est. Quod hanc fortè rationem habet: quia non primus Prætor pœnam furibus manifestis constituit; sed eam, quæ lege 12. tab. constituta erat, mitigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam; vid. *sup. §. pœna 5. de obl. quæ ex del.* Actio quoque de furto aut damno in navi, caupona aut stabulo facta: item actio adversùs publicanos, quamvis & hæ prætoriæ sunt & pœnales, perpetuò tamen competunt; *leg. ultim. §. ultim. naut. caup. stab. leg. sed & hi 13. §. ult. de publican.* Judicia criminalia regulariter viginti annis finiuntur; *l. 12. Cod. ad leg. Corn. de fals.* sed ea huc non pertinent.

TEXTUS.

De actionibus quæ in hæredes transeunt, vel non.

1. *Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut à Prætore dantur, & in hæredem æquè competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula: Ex maleficiis pœnales actiones in hæredem rei non competere; veluti furti; vi bonorum raptorum; injuriarum; damni injuriæ. Sed hæredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur: excepta injuriarum actione, & si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra hæredem non competit; veluti cùm testator dolosè versatus sit, & ad hæredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ; & hæredibus dantur, & contra hæredes transeunt.*

NOTÆ.

1. *Aut ipso jure*] Id est, jure civili; *ut §. 10. sup. de act. l. 9. §. 1. usufr. quem cav.* Th.: Κατὰ τὸ νόμιμον. Aliàs ipso jure idem valet, quod jure solo sine aliquo facto nostro; veluti cùm sui hæredes dicuntur ipso jure hæredes existere.

Ex maleficiis pœnales] Ita & alibi regula concepta est, *leg. 1. de priv. del. leg. 38. leg. 11. §. 1. de reg. jur.* Actio verò rei persecutoria, quamvis ex delicto, etiam in hæredem datur, ut condictio furtiva; *§. ult. sup. de obl. quæ ex del. leg. 7. §. 2. de cond. furt.*

Excepta injuriarum actione] Quia vindictæ magis quàm pecuniæ persecutionem habet; *l. 2. §. 4. de collat.*

Aliquando ex contractu actio, &c.] Sensus hic esse videtur: etiam aliquando ex contractu actionem adversùs hæredem non dari, cùm testator dolosè versatus est, & nihil ad hæredem ejus ex dolo pervenit, contra regulam *l. 12. l. 49. de obl. & act. l. 152. §. 3. de reg. jur.* De deposito miserabili hoc plerique putant accipiendum, *l. 1. §. 1. depos.*

Fuerint contestatæ] *l. 26. l. 58. de obl. & act. l. 139. l. 164. de reg. jur.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati; *l. 3. §. 3. de pecul.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, & hæredibus & in hæredes dari, etiam si quæ ex delicto.*
2 *Ostenditur perspicuè, condictionem furtivam & actionem rerum amotarum contra hæredes etiam dari in solidum.*
3 *In hæredem non dari ullam pœnalem, licèt ex contractu.*
4 *Actiones, quæ pœnales habeantur, quamvis nihil ampliùs persequantur, quàm quod abest.*
5 *Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cùm dentur hæredibus.*
6 *Cur actio injuriarum ne hæredibus quidem detur.*
7 *Quibus casibus ex contractu actio non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit.*
8 *Actiones omnes judicio inclusas perpetuari: & quid hic juris hodie.*

Actionum quædam & hæredibus & contra hæredes dantur: quædam hæredibus quidem; sed non contra hæredes: quædam denique neque hæredibus, neque contra hæredes. Et hæredibus & contra hæredes dantur, quæcumque rei tantùm persequendæ causa comparatæ sunt; nisi quòd actio in rem tantummodò respectu possessionis in hæredem datur: quippe quæ possessorem semper sequitur, *l. si in rem 42. de rei vend. l. actionum 25. de obl. act.* Dum autem actio prætet rei 1

per-

persecutionem nihil contineat, non distinguimus
in proposito, utrùm ea sit ex contractu, an ex ma-
leficio: sed utroque casu non minùs in hæredes,
quàm hæredibus actionem dari contendimus, &
quidem in hæredes in solidum: hoc enim sem-
per intelligendum est, cùm simpliciter dicitur
actio in hæredem dari. De actionibus quæ ex
contractu descendunt, res est expedita, *l. 1. & tot. tit. C. de hæred. act.* adeòque passim veteres defi-
niunt, actiones ex contractibus venientes, licèt
delictum quoque versetur, in hæredes in solidum
dari; *l. 7. §. 1. depos. l. 12. ex contractibus 49. de obl. & act. l. ad ea 157. §. ult. de reg. iur.* De iis verò,
quæ rei persecutoriæ sunt ex delicto, quales esse
constat condictionem furtivam, & actionem re-
rum amotarum; *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. mulier 21. § pen. de act. rer. amot.* ambigitur: non utique an
hæredibus aut contra hæredes aliquatenus den-
tur; sed an dentur contra hæredes in solidum.
Nam hoc negat *Cujac. 7. obs. 37. & 13. obs. 39. Lyclam. 1. membran. 18. & lib. benedict. passim.* Ego ve-
rò existimo, etiam his actionibus hæredem teneri
in solidum. Moveor primùm eo, quòd hæ duæ
actiones absolutè dicuntur dari in hæredem, *l. 1. l.*
2 *7. §. 2. de cond. furt. §. ult. sup. de obl. quæ ex del. l. 6. §. 3. de act. rer. amot.* Ex eo enim colligo, dari eas
adversùs hæredem furis aut mulieris in solidum.
Nam quotiescumque actio simpliciter in hære-
dem dari dicitur, toties intelligitur dari in soli-
dum: cùm verò in solidum non datur, sed quate-
nus ad hæredem pervenit, aut hoc adjicitur, aut
dari simpliciter negatur: ut patet ex *leg. Iulianus 16. de judic. l. inde Neratius 23. §. hanc actionem 8. ad l. Aquil. hæc actio 13. de serv. corr. l. 9. §. 1. quod fals. tut. l. 3. §. pen. si mens. fals. mod. l. 1. de priv. del. l. 2. §. ult. vi bon. rapt. l. in honorariis 35. de obl. & act. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur. §. his autem, sup. de leg. Aq. §. ult. de obl. quæ quasi ex del. item hoc text.* & innumeris aliis locis. Secundò: quia regulæ
earum actionum, quæ in hæredes non dantur, de
pœnalibus ex maleficio conceptæ sunt; *l. 1. de privat. del. l. sicut 38. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur. l. inde Neratius, §. hanc actionem, ad leg. Aquil. & hoc ten. pen. de op. nov. nunc.* Hinc enim evincitur: si
quæ sunt ex maleficio, non pœnæ, sed rei perse-
cutoriæ, eas in hæredem dari: quoniam contrario-
rum contraria sunt consequentia. At condictio
furtiva & actio rerum amotarum, nō pœnam, sed
rem persequuntur, ut jam probavimus. Et secun-
dùm hæc Imperator in *§. hic autem 9. sup. de leg. Aq.* negat, actionem legis Aquiliæ in hæredem
transire; non quia ex delicto est, sed quia pœnalis
addens, transituram eam fuisse, si ultra damnum
datum nūquam lis æstimaretur. Dicitur sanè non-
nunquam, actiones ex delicto venientes adversùs
hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit,
nec adjicitur pœnalis; ut in *l. un. C. ex del. def.* Sed
quid prohibet hujusmodi definitiones ex eo quod
plurimùm & ferè semper sit conceptas sic accipe-
re, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, id est
ad pœnam? At in condictione furtiva & actione
rerum amotarum, de delicto aut pœna delicti
non agitur; sed tantùm de eo, quod ex patrimonio
nobis abest: nec quicquam ampliùs persequun-
tur, *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier. 21. §. pen. de act. rer. am.* Jam verò ob hoc solùm actio pœnalis
non habetur, quòd constituta est adversùs eum
ad quem ex delicto defuncti nihil pervenit, nisi
& factum puniat, & in dolum concepta sit, *l. 9. §. 1. quod fals. tut.* de quo ampliùs postea. Postremò
movet me locus expressus in *l. 9. de cond. furt.* ubi
disertè J. C. ait: In condictione ex causa furtiva
hæredem non pro parte quæ pervenit, sed in so-
lidum teneri: si verò plures sint hæredes, singu-
los pro partibus hæreditariis. Quòd si hoc obti-
net in condictione furtiva, procul dubio etiam in
actione rerum amotarum locum habet, cùm aper-
tè testetur Paulus, in *l. 6. §. item hæres 3. de act. rer. am.* ex causa rerum amotarum teneri hæredem
mulieris, perindè ac tenetur hæres condictionis
nomine ex causa furtiva; ac proindè quod re-
scribunt Imp. in *l. ult. C. rer. amot.* actionem re-
rum amotarum adversùs hæredes dari non in so-
lidum, sed in quantum ad eos pervenit; necessa-
riò sic accipiendum est: in quantum ad eos per-
venit de hæreditate, non autem de rebus amotis:
ut si plures sint hæredes, non singuli in solidum
teneantur, sed universi: singuli autem pro ea par-
te, pro qua hæredes extiterunt; secund. *d. l. 9. de cond. furt.* Aut si cum Ant. Fabro. 4 *cent.* 1. de re-
bus amotis rescriptum intelligi volumus, suppo-
nendum erit, totum ad hæredes pervenisse, non
ad unum aliquem, sed ad singulos pro parte. Quæ
actiones hæredibus competant, in hæredes au-
tem non dentur, tum quæ neque hæredibus ne-
que adversùs hæredes competant, docebit nos
textus, ad cujus explicationem tempus est ut
accedamus.

Aut ipso jure] Ipso jure aliquando idem valet
quòd jure solo sine aliquo facto nostro, veluti
cùm sui hæredes dicuntur ipso jure hæredes exi-
stere: aliquando idem quod jure civili, non jure
prætorio, ut in *§. actione 10. sup. de act. leg. 9. §. 1. usufr. qu. cau. & hoc loc.* Itaque ipsum jus hìc ex-
cellentiam notat.

Ex maleficiis pœnales] Actiones ex maleficiis
pœnales hæredibus dantur, at in hæredes non 3
competunt. Ait: *Pœnales ex maleficiis*, ut & ali-
bi regula concepta est; *l. 1. de priv. del. l. sicut 38. l. pupillum 111. §. 1. de reg. iur.* Quid ergo si qua
sit pœnalis ex contractu? Et hìc idem juris esse
evincit actio depositi miserabilis, quæ in eum,
qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa de-
positum inficiatur, in duplum constituta est, in
hæredem verò ex dolo defuncti in simplum, *l. 1. §. 1. de eo 18. depos.* Planè huc non pertinet actio, 4
qua petitur pœna conventione promissa: nam
pœnam stipulamur loco ejus quod interest, *§. ult. sup. de verb. obl. vid. §. sequent. 16. sup. de act.* Ex-
cludit autem regula eas, quæ sunt ex maleficio
rei persecutoriæ, quas etiam adversùs hæredes
dari paulò ante probavimus. Illud ignorandum
non est, esse quasdam actiones, quæ pœnales ha-
bentur, quamvis nihil ampliùs quàm quod abest

persequantur; de quibus hæc notio tenenda. Quoties actio factum punit & in dolum concepta est, constituiturque adversus eum, ad quem ex dolo res non pervenit, quamvis proposita sit, cui eo facto quid abest, atque ita à parte actoris rei persecutionem contineat; pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur: ac proindè in hæredem non datur, *l. 9. §. 1. quod fals. tut.* Talis est actio de dolo, *leg. in hæredem 26. de dol. mal.* Item ea, quæ adversus falsum tutorem datur; *d. l. 9. § quod fals. tut.* Talis quoque est adversus mensorem, qui falsum modum dixit; *leg. 3. si mens. fals. mod.* Item quæ proponuntur in *leg. 7. §. ultim. de trib. act. l. 1. §. ultim. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. leg. 1. §. ult. de eo per quem fact. erit, quomin. quis in jud. l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc. leg. 4. in fin. leg. 6. & 7. de alien. jud. mut. ca.* ubi actio in factum ex illo edicto dicitur pertinere ad rei persecutionem; nimirum quia actor per eam id tantùm quod sibi abest, persequitur: à parte autem rei revera pœnalis est; quia factum punit, &
5 in dolum concepta est. At cùm hæres in universum jus defuncti succedat; & regulariter tam in incommoda, quàm in commoda; quæ ratio est, quòd in proposito tantùm commodum actionum pœnalium ad hæredes transire placet, incommodum autem earum ad eos non pertinere? Nimirum quia æquum visum est, penam ex hac successione excipere, ne ibi pœna sit, ubi noxa non est, *l. pen. de op. nov. nunc. l. ficus 38. de reg. jur. l. sancimus 22. C. de pœn.* Illud æquissima ratione placuit; turpia lucra etiam hæredibus esse extorquenda; ideòque actiones, quamvis pœnales, eatenus saltem in hæredes dandas esse, quateuus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti lucrum sentiant; *l. 5. de calumn. l. 16. §. ult. & l. seq. quod met. cau. l. in hæredem. 26. de dol. l. un. Cod. ex del. def.* cum similib.

Excepta injuriarum actione] Actio injuriarum neque hæredibus, neque in hæredes datur, *l. injuriarum 13. in pr. de in injur.* Quòd non datur in hæredes, hoc comune habet cum cæteris pœ-
6 nalibus: quòd hæredibus non datur, ejus proprium est, & hanc rationem habet, quòd in ea non principaliter de damno sarciendo, sed de contumelia vindicanda agitur, *leg. 1. §. 1. eod.* quam vindictam, si injuriam passus lite non instituta decesserit, tacitè remisisse intelligitur: de quo dixi ad *§. ult. sup. de injur.* & hinc est, quòd actio injuriarum in bonis nostris non computatur, antequàm litem contestemur; *leg. injuriarum 28. eod.*

Si qua alia similis] Similes habes in *leg. pen. de in jus voc. l. pen. §. ult. ne quis eum qui in jus voc. l. 4. de calumn. l. 7. C. de rev. don.* Huc etiam referri potest querela inofficiosi testamenti: nam & hæc injuriam exhæredato aut præterito illatam quasi ulciscitur; *Nov. 115. cap. 5.* & non nisi præparata ad hæredes transit; *l. 6. §. ult. cum l. seq. de inoff. test.*

Aliquando etiam ex contractu actio in hæredem non competit] Puto intelligi actiones ex contractu, quæ ob delictum concurrens ex parte rei pœnales habentur, eò quòd factum puniunt, & in dolum conceptæ sunt: quales sunt actiones in factum adversùs falsum tutorem, & adversùs mensorem, qui falsum modum dixit; item actio tributoria, quæ dolum malum domini coercet maleficiosè distribuendo versari: nam hæ actiones licèt ex contractu sint, tamen in hæredem rei, quia hac parte pœnales non dantur, nisi de eo quod ad eum pervenit; *l. 9. §. 1. quod fals. tut. l. 3. §. pen. si mens. fals. mod. l. 7. §. ul. de trib. act.* Aliàs ex contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantùm id quod pervenit, sed in solidum tenentur; *l. 12. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. ad ea 157. §. ult. de reg. jur. leg. 7. §. 1. de pos.* ubi Jurisconsultus cùm dixisset, actionem depositi ex dolo defuncti in solidum in hæredē dari; hanc rationem subjicit: *Quamquam enim*, inquit, *aliàs ex dolo defuncti non solemus teneri nisi pro ea parte, quæ ad nos pervenit: tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit, ideoque in solidum hæres tenetur; plures verò pro ea parte, qua quisque hæres est:* qui locus sententiam nostram mirè confirmat. Ex his autem apparet, insigniter errare Theophilum, qui pro exemplo adducit actionem depositi, quam ex dolo defuncti negat in hæredem dari, si nihil ex eo dolo ad eum pervenit; contra tot expressos textus. Nec excusari potest hoc obtentu, quòd intellexerit actionem depositi miserabilis. Nam & hæc actio ex dolo defuncti in hæredem datur, etsi nihil ad eum pervenit: & quamvis non in duplum; in solidum tamen: quoniam utique simplum solidum est, & pœna alterum tantum, *l. 1. §. 1. l. de eo. 18. depos.*

Veluti] Hanc particulam Cujac. & Pac. auctoritate quorumdam Codicum delendam censent: quod mihi non videtur necessarium; cùm & retenta ea, constet, & recta sit loci sententia.

Fuerint contestatæ] Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, si semel inclusæ judicio fuerunt, quod fit litis contestatione, salvæ permanent; *l. omnes 139. de reg. jur.* Morte dicuntur perire pœnales, proptereaque in hæredes rei non dantur, licèt activè transeant: at lite contestata, & activè transeunt & passivè; *l. omnes 26. l. sciendum 58. de obl. & act. l. pœnalia 164. de reg. jur. l. un. C. ex del. def.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati; *l. 3. idem scribit. 11. de pecul.* Postea Constitutionibus placuit, pœnæ persecutionem transmitti, si modò reus vivus conventus fuerit, quasi lite cum eo contestata, *l. 33. de obl. & act.* Apud nos pœnales actiones nullæ sunt, si injuriarum actionem excipias: quoniam, ut sæpè alibi diximus, pœnæ legitimæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt. Cæterū hæres ex delicto defuncti, etiamsi lis iè defuncto contestata non sit, tenetur non in id tantùm, quod ad eum ex delicto defūcti pervenit secundùm scita juris civilis; sed dam-

num

num à defuncto datum farcire cogitur, quatenus facultates defuncti patiuntur: quod cum jure Canonico primùm cautum esset, *cap. in literis de rapt. cap. ult. de sepult.* propter æquitatem etiam in foro civili receptum videtur, *Io. Fab. hic Covar. lib. 3. ref. 3. n. 7. Imbert. in enchirid. Papon. lib. 24. arrest. tit. 11. arrest. 3. & ult.* De quo plura *Christ. volum. 3. decis. 22. num. 2. & seqq. add. Groenev. de l. abrog. ad tit. C. ex delict. defunct. in quant. hered.*

TEXTUS.

Si pendente judicio reus actori satisfecerit.

2. *Superest, ut admoneamus, quòd si ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere; licèt in ea causa fuisset judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet; & hoc est, quod antea vulgò dicebatur, omnia judicia absolutoria esse.*

NOTÆ.

2. *Convenit eum absolvere*] Quod Th. interpretatur, *Liberatum ab actione dimittere.* Alii *officio judicis convenire, ut etiam sententia sua eum absolvat*: quod & ratio juris exigere videtur; *l. 1. de re judic.* & reo utilius est propter exceptionem rei judicatæ.

Omnia judicia absolutoria] Locus singularis.

COMMENTARIUS.

Quemadmodum debitorem ante acceptum judicium bonam fidem agnoscentem & paratum solvere dimitti placet, eique diem dari cum competenti cautione ad solvendam pecuniam; *l. si debitori, 21. de judic. ex judicat. 16. jud. solv.* ita etiam æquum est audiri eum, qui post acceptum judicium ante rem judicatam satisfactionem offert; modò id omne offerat, quo jus actoris deterius factum est, & in quod aliàs fieret condemnatio; *fac. l. si reus 75. de proc. l. 5. de publ. & vet. l. ult. quæ in fraud. cred.*

Eum absolvere] Hæc verba duplicem admittunt interpretationem: vel ut simpliciter reus satisfaciens dimittendus sit ab instantia, & liberandus molestiis judicialibus; quomodò Theoph. & Hotom. interpretantur: vel ut absolvendus sit etiam sententia judicis; quod posterius & rationi juris magis convenire videtur, cùm judici incumbat aut damnare reum, aut absolvere; *l. 1. de jud.* & reo longè utilius est, quoniam aliàs non haberet exceptionem rei judicatæ.

TITULUS XIII.

DE EXCEPTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 36.

Ratio dispositionis. Omnem reum ad defensionem suam vel inficiatione uti, vel depulsione: & quid utraque. Quid sit exceptio: unde hoc nomen natum: & alia observatu digna.

Quicquid in judicium deducitur, aut actio est, aut exceptio: actio à parte actoris; exceptio à parte rei, cujus sunt secundæ. De actionibus hactenus quæsitum est; de exceptionibus adhuc cognoscendum: & quidem de his solis; nam præter has, si ab actione discesseris, nulla alia res in judicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus, qui judicio contendere paratus sit, ad defensionem suam aut inficiatione utitur, aut depulsione. Inficiatio est, cùm negat, ullam actori esse actioné de eo, quod petitur. Ea verò aut simplex est, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex, cùm reus simpliciter negat, id factum quo nomine agitur puta, mutuam pecuniam, quæ ab actore petitur, sibi datam esse. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cùm confitetur quidem actionem aliquando actori competiisse; sed eam nunc ei competere negat, utpote nodo aliquo facto postea amissam: exempli gratia: Si actorem dicat ideò agere non posse, quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio apertè nihil in judicium deducit, neque ulla hic neganti incumbit probatio: tantùm quæritur de actione & intentione actoris, quæ in dubium vocatur; id est, solùm tractatur in judicio, an verum sit, quod actor in propriam intentioné deduxit; nec de alicujus exceptionis vi à reo opposita disputatur: ac probante actore, reus condemnatur; non probante, simpliciter absolvitur, *Covar. in c. possessor. mal. fides, de reg. jur. in 6. p. 1. relict. inst. n. 5. Vves par. hoc tit. n. 2.* In conjuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubiè in judicium deducitur: ac proinde à reo probanda est; *l. 1. C. de prob.* sed deducitur per consequentiam duntaxat: principaliter enim eò spectat, ut ostendatur, verè negare reum, actionem actori competere. Depulsio est, cum reus de actione actoris confitens tam in jure, quàm in facto ea defensio-

ne utitur, quæ actionem removeat. Hæc defensio in usu juris exceptio appellatur. Si quis hìc mihi Rhetorum libros adire velit, poterit fortassis nonnihil lucis etiã inde sibi ad hæc meliùs intelligenda sumere. Exceptio igitur est defensio rei, quæ actioni, alioqui jure constitutæ, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit: hìc in *pr. l. 12. de dol. mal. excl. 2. h. tit.* Exceptio omnis rectè defensio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum causa; *h. t. pr.* At non omnis defensio exceptio est; sed ea tantùm, quæ actionem jure constitutam repellit. Quæ verò allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse; veluti cùm debitor solutionem allegat; defensiones dici possunt, exceptiones non possunt. Pugnantia sunt Juriscõsultis, Liberari ipso jure, & Liberari per exceptionem; *l. qui servum 34. §. 1. de oblig. & act.* quamquam usu interpretum jam obtinuit, ut omnis generis defensio, quæ modò agentis intentionem repellit sive juris sive facti negatione, exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias esse juris tradunt, alias facti & intentionis. *Mynſ. rubr. hic n. 12. Greg. Thol. 21. synt. 17. n. 5. vid. Covar. d. loc. n. 4. & 5.* Sed quomodò reus exceptione utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis: Si exceptio actioni opponatur; unde passim legimus, exceptionem opponi, objici, obstare, exceptione occurrere, &c. Etenim omnis defensio exceptionis in facto rei posita est, omissa ad liberationem reo non prodest. De tempore opponendæ exceptionis dicemus inferiùs. Nomen exceptionis natum ex formula judicii, quod sub exceptione dabatur; sic enim prætor subjiciebat: *Nisi, Si non, Extra quam si*, illud aut illud factum erit, aut si quæ particulæ eamdem vim habent. Atque hinc item factum, ut exceptio omnis conditio appellaretur; *l. except. 22. h. t.* ubi quæ extat definitio exceptionis, à conceptione sumpta est sicut Ulp. in *l. 2. eod.* ab effectu & utendi modo. *v. Duar. ad l. 7. §. 2. de pact. Cujac. 5. obs. 34. P. Fab. ad l. 154. de reg. jur.* Sed & exceptio omnis præscriptio dicta: & inde Græcis παραγραφαὶ *pen. hoc t. l. 8. l. pen. & ult. & in rubr. C. eod. l. jud. 29. de exc. rei jud. si debit. 91. de solut.* cum similibus; de cujus verbi ratione conf. *Alc. de quicq. ped. præscr. Don. in rubr. C. h. t. num. 15. Rævard. 1. de præjud. 8. Pet. semestr. 21.*

TEXTUS.

Continuatio. Ratio exceptionum.

Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpè enim accidit, ut licèt ipsa persecutio, qua exactor experitur, justa sit; tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

NOTÆ.

Ut de exceptionibus] Exceptio est defensio rei quæ actioni alioquin jure constitutæ opposita hanc ipsam æquitatis ratione excludit, *l. 2. t.* aliàs præscriptio dicitur, *lib. 8. Cod. tit 35.* Græcis παραγραφή.

Justa sit] Inspecta scil. stricta ratione, & rigore juris: iniqua autem, inspecta summa ratione, & naturali æquitate. Quæ autem allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse, veluti cùm debitor solutionem allegat; exceptiones propriè non sunt, sed aliæ species defensionum.

COMMENTARIUS.

D*Efendendorum eorum gratia*] Unde vulgò notant, exceptiones esse juris naturalis & gentium, cujus scilicet juris defensio est, *Vves. par. hoc tit. num.* 8. Ob eamdem causam nonnulli censent, verbum excipere translatum esse ab armis militaribus ad forensia, puta, clypeo aut scuto, quibus tela in nos directa excipimus & retundimus. Non malè fortassis, sed non ex usu Auctorum juris.

Ipsa persecutio justa sit] Non continuò si actio justa sit (id est, ipso jure comparata, seu summo jure constituta) justa est in eum, qui cum agitur: verbi gratia: si quis dolo inductus stipulanti promiserit, is quidem subtilitate juris ex promissione sua obligatur: sed quoniam per machinationem adversarii obligatus est; iniquum est, eum condemnari; ac proindè contra agentem exceptio doli ei proposita est, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit, *l. 1. §. 1. de dol. mal. exc.* Quòd si nulla subsit actio jure civili constituta, vel quia reus dicit, nullam umquam actori competiisse, vel eam quæ fuit, ipso jure sublatam: hæc allegatio exceptio propriè non est, sed alia species defensionis, ut jam ante ostendimus.

TEXTUS.

Exempla. Quod metus causa, de dolo, & in factum.

1. *Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere; palam est, jure civili te obligatum esse; & actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est, te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, Quod metus causa, aut doli mali, aut in factum composita ad impugnandam actionem.*

Ne-

NOTÆ.

1. *Iure civili te obligatum*] Id est, subtilitate juris civilis; *d. l. 36. de verb. obl.* Dolus metusve adhibitus impedit, quominùs actio nascatur; *l. 5. de inut. stip.* Verum enim utique est, alterum stipulatum esse, & te promisisse; atque ita contractam verborum obligationem.

Datur tibi exceptio] *d. l. 36. d. l. 5. & tot. tit. de dol. mal. & met. exc.* & ita eventu inspecto, inanis efficitur actio opposita exceptione, *leg. 112. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur qui metu coactus promisit, ipso jure obligetur.*
2 *Quæritur idem de eo, qui dolo inductus.*
3 *De quo genere erroris hic locus accipiendus.*
4 *Exceptio in factum qualis, & unde.*

1 ILlustrat exemplis, quod dixit sæpè accidere, ut actio, qua quis experitur, summo jure teneat; sed iniqua sit adversùs eum, cum quo agitur. In universum autem id accidit dupliciter: vel quia postea vinculum æquitatis tollitur, ita ut tantùm supersit solius vinculum juris civilis, quod quidem ita nos astringit, ut summo jure in nos sit actio; sed quæ propter defectum æquitatis sit inefficax ad condemnationem, si exceptio opponatur.

Metu coactus] Qui metu coactus aliqnid promittit, ipso jure obligatur propter consensum, quia voluntas licèt coacta voluntas tamen est, *l. si mulier 21. §. pen. quod met. ca.* nimirum utrùm quid voluntarium sit, an involuntarium, ex eo tempore æstimatur, quo geritur. Jam verò illud quod eligitur quo tempore metus infertur respectu majoris mali, quod vitiatur, boni rationem habet, & ea consideratione objectum est voluntatis: de quo cons. *Arist. 3. eth. 1.* Cæterum naturaliter obligatus dici revera non potest ob defectum vinculi æquitatis: quoniam consensus & voluntas ista non fuit libera; neque promisisset aut voluisset extra metum majoris
2 mali positus. Atque hinc explirandi loci, in quibus traditur: Vim atque metum consensui esse contrarium; *l. nihil 116. de reg. jur. cum simil.*

Dolo inductus] Etiam qui dolo inductus stipulanti promisit, quod aliàs non promisisset, subtilitate juris obligatur: quia utique verum est, eum promisisse: sed & hæc obligatio naturalis æquitatis vinculo destituitur propter dolum & machinationem stipulationis aliud agentis, aliud simulantis; *l. si quis 36. de verb. obl. l. 1. §. 1. de dol. mal. exc.* Circa dolum qui rausam contractui præbet; videlicet si quis in hoc circumscriptus sit, ut contraheret, cùm aliàs contracturus non fuisset; recepta fuit vulgaris distinctio inter contractus bonæ fidei & stricti juris: quòd illi hoc casu ipso jure nullius momenti sint, *arg. l. 7. in pr. de dol. l. in causæ 16. §. 1. de minor.* hi ipso jure subsistant, & actionem producant: ut proinde hic semper excipiendum sit, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit; *d. l. si quis 36. de verb. obl. l. 5. C. de inutil. stipul.* de quo prolixè *Bachov. disp. 6. de act. thes. 17.*

Vinnius in Institut.

Errore lapsus] Quod hìc dicitur, Etiam eum, qui errore inductus stipulanti promisit, jure civili obligari; sed non videtur convenire cum eo, quod passim traditur, Eos, qui errant, non consentire: Consensui nihil magis esse contrarium errore; *l. non consentiunt. 15. de jurisd. l. 2. de judic.* Nam sine consensu nullus contractus ac ne stipulatio quidem consistit; *l. 1. §. 3. de pact.* Resp. Error non est unius generis. Si in persona aut re promissa erratum sit, cùm de alia stipulator, de alia promissor sentiret; fateor, nullam contrahi obligationem: quia talis error consensum non habet. 3
At error in causa promittendi, de quo hìc agitur, non omnino consensu destituitur, & ideò summo jure hìc nascitur obligatio; *d. l. si quis 36. de verb. obl. l. Iulian. 7. de dol. mal. exc. vid. not. ad §. si de alien. 22. sup. de inut. stip.*

Iure civili obligatum esse] Id est, subtilitate juris, ut ait Jurisconsultus *in d. l. 36. de verb. obl.* & dolum metumve adhibitum non impedire, quominùs actio nascatur, rescriptum est in *l. 5. C. de inut. stip.* Verum enim utique est, alterum stipulatum esse, & te promisisse, atque ita contractam verborum obligationem.

Efficax est] Per se scilicet ac vi sua, hoc est si pura esset, neque exceptione corrigeretur. Jam autem exceptio efficit, ut ad condemnationem sit inefficax; *leg. mihi interest 112. de reg. jur.*

Exceptio Quod metus causa] Exceptio quod metus causa in rem scripta est; *Si in ea re nihil metus causa factum est*; ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecerit; sed an omnino metus rausa factum sit in ea re à quocumque, non tantùm ab eo qui agit; *leg. 4. §. pen. de dol. mal. excep.*

Aut doli mali] Exceptio doli mali personam complectitur ejus, qui dolo fecit. Itaque in hac exceptione specialiter exprimendum est, de cujus dolo quis queratur, non in rem, si in ea re nihil dolo malo factum est: sed sic; *Si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*, *leg. 2. §. 1. d. l. 4. §. pen. de exc. dol. mal.*

In factum] In factum hæc exceptio dicitur nomine generali, quia variis modis accidere po- 4
test, ut error interveniat; quemadmodum & actiones, quæ proprio nomine carent, in factum appellati solent; ut illæ, quæ dantur ex contractibus innominatis; item utiles, & præcipuè subsidiariæ, de quibus explicatum *§. ult. sup. de leg. Aquil.* Et sicut ob qualitatem personæ, quæ convenitur, in factum agendum; quo casu adversùs alienos est actio de dolo; *l. non debet. 11. §. 1. de dol.* ita agente hujusmodi persona, quo casu adversùs alios exciperetur, de dolo in factum excipiendum est; *l. 4. §. adversus 16. de dol. exc.* Opponitur autem hoc loco exceptio in factum exceptioni doli mali non generali, sed speciali, quæ nascitur ex

eadem causa, ex qua actio de dolo, nempe ex dolo inter initia adhibito; *l. 5. C. de inut. stip.* sive ut est in textu nostro, si quis dolo inductus stipulanti promiserit. Nam generalis exceptio doli, sicut cum aliis exceptionibus omnibus, ita & cum hac in factum concurrit; quoniam datur ex omni causa, ob quam id, quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo factum sit. Ut in summa exceptio doli generalis toties competat, quoties actor per occasionem juris civilis æquitatem naturalem infringere conatur; *l. 1. §. 1. l. 2. §. & generaliter 5. l. 4. §. pen. l. 7. l. 12. de dol. exc. leg. si quis 36. de ver. obl. l. 5. C. de pact. cum similib.*

TEXTUS.

De non numerata pecunia.

2. *Idem juris est si quis quasi credendi causa pecuniam à te stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam à te petere posse eum, certum est: dare enim te oportet, quum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari; placet exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere: cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) Constitutione nostra coarctavimus.*

NOTÆ.

2. *Cum ex stipulatione tenearis*] Igitur quod Paulus respondet: te nondum obligatum esse; *leg. 30. de reb. cred.* de exitu intelligendum est, cùm habeas exceptionem peremptoriam.

Exceptione pecuniæ non numeratæ] *l. 2. §. 3. de dol. mal. excep.* Hinc patet, exceptionem hanc non modò actioni ex chirographo opponi posse, sed etiam actioni ex stipulatu.

Constitutione nostra coarctavimus] Exceptio non numeratæ pecuniæ, cùm anteà quinquennis esset, à Justiniano facta est biennis, *sup. de lit. obl.*

COMMENTARIUS.

QUi quasi crediturо stipulanti pecuniam spopondit, jure civili obligatus est: sed adjuvatur exceptione non numeratæ pecuniæ, *l. 2. § 3. in fin. de dol. exc.* ubi Ulp. ait: Ei, qui crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, etsi certa fuit causa stipulationis, quæ tamen aut non est secuta, aut finita est, nocere pecuniæ non numeratæ exceptionem. Unde patet, hanc exceptionem non tantùm actioni ex chirographo, sed etiam actioni ex stipulatu opponi. Solebant quippe creditores pecuniam sæpè stipulari priùs, deinde stipulationis implendæ causa adnumerare; qua ratione una ex stipulatu nascebatur obligatio; *l. 6. §. 1. & l. seq. de nov.*

Cujus tempora] Exceptio non numeratæ pecuniæ, cùm antea quinquennis esset, à Justiniano biennis tantùm facta est; *sup. tit. de lit. obl.* ubi fusè de hac exceptione disseruimus.

TEXTUS.

De pacto.

3. *Præterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne à se pecunia peteretur; nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit, si apparet eum dare oportere: sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari; defenditur per exceptionem pacti conventi.*

NOTÆ.

3. *Non omnino dissolvuntur*] Id est, non ipso jure: nam ut pactum nudum civilem obligationem non parit; ita nec eam, quæ constituta est, ipso jure tollit; *l. 7. §. 4. l. 27. §. 2. de pact. l. 5. l. 10. l. 13. Cod. eod.* nisi & ipsa oriatur ex nudo consensu, & res adhuc integra sit; *§. ult. sup. quib. mod. tol. obl.*

Per exceptionem pacti] Effectuque idem consequitur jure prætorio, quod liberari ipso jure, *leg. 112. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

SPecies exceptionum, quæ præcesserunt, jam à principio nascuntur in re contrahenda: quæ sequuntur, ex causa postea interveniente emergunt.

Nihilominus obligatus manet] Qui cum creditore pactus est, ne à se pecunia peteretur; is nihilominùs ipso jure obligatus manet: nam ut pacti nudi ea vis non est, ut ullam civilem obligationem pariat; ita nec eam, quæ constituta est, sive re, sive verbis, ipso jure tollere potest; *l. 7. §. sed cum 4. l. fin. 27. §. 2. de pact. l. 10. & l. 13. C. eod.* Planè nudi consensus obligatio, ubi res adhuc integra est, pacto convento tollitur, etiam ipso jure, *§. ult. sup. quib. mod. toll. obl.* ubi ejus rei ratio à me exposita est.

Sic quia iniquum est] Quamvis debitor, qui pactus est, ne à se pecunia peteretur, non liberatur jure civili; liberatur tamen interventu Prætoris: qui vel actionem denegat, si de pacto constet: vel si non constet, addit exceptionem *Extra quam si pactum sit, ne pecunia petatur*: quo apud judicem datum probato, debitor absolvitur, effectuque idem consequitur, quod liberari ipso jure: eoque pertinet *l. nihil interest 112. de reg. jur.*

TEX-

TEXTUS.

De jure jurando.

4. *Æque si debitor creditore deferente juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æque necessariæ sunt exceptiones; veluti si petitore deferente possessor juraverit, eam rem suam esse, & nihilominus petitor eamdem rem vindicet: licet enim verum sit, quod intendit, idest, rem ejus esse; iniquum tamen est, possessorem condemnari.*

NOTÆ.

4. *Iuraverit*] Aut cùm jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum; *leg. 9. §. 1. de jurejur.*

Iuraverit rem suam esse] Aut petitoris non esse; *l. 3. §. 1. l. 11. pr. d. tit.*

COMMENTARIUS.

Exceptioni pacti conventi affinis est exceptio jurisjurandi: nam & jusjurandum, de quo hic quæritur, in se conventionem habet, propter quam non minùs servatur, quàm propter religionem; *l. sed & si 25. & l. seq. in fin. de jurejur.*

Creditore deferente juraverit] Verba edicti, quæ Prætor jusjurandum rei tuetur, hæc sunt: *Si is, cum quo agetur, conditione delata juraverit, ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo; l. 3. in pr. junct. l. 7. de jurejur.* Ait *Conditione delata*; unde intelligimus, si reus juravit, nemine ei conditionem jurandi deferente, Prætorem id jusjurandum non tueri; *d. l. 3.* Quod negat, se in eum, qui juraverit, actionem daturum; id sic acceptum est, ut in re certa, si Prætori constet reum priùs conditione delata jurasse, actio simpliciter denegetur: sin autem de eo controversia sit, ambigaturque an reus juraverit, tum locus sit exceptioni jurisjurandi; *l. 9. in pr. eod.* Neque hoc proprium est jurisjurandi; ut nonnulli putant: sed locum habet etiam in causis aliis, unde exceptiones nascuntur. Perridiculè enim juberet Prætor, de eo apud judicem quæri, quod sibi exploratum & inter litigatores confessum est.

Adhuc obligatus permanet] Nam jusjurandum non magis quàm pactum modus est dissolvendæ obligationis jure civili constitutæ: sed tantùm naturalem obligationem tollit; *l. Stichum 95. naturalis 4. de sol.*

Quia iniquum est de perjurio quæri] Dicendum potiùs fuerat meo judicio: Quia jusjurandum ex conventione proficiscitur, & speciem transactionis continet; *l. 2. l. sed & si 25. & l. seq. §. ult. de jurejur.* Nam illa alia quæstio est: An exceptio jurisjurandi replicatione perjurii excludatur.

Si petitore deferente possessor juraverit] Etiam is, qui actione in rem conventus petitore deferente juraverit, exceptione juris jurandi, si petitor eamdem rem iterum vendicet, adjuvatur, *l. 3. d. tit.* sive juraverit rem suam esse, sive petitoris non esse: quamquam hoc ampliùs ei, qui juravit, rem suam esse, amissa possessione etiam actio in factum datur ad rem recuperandam, si is, qui jusjurandum detulit, possessionem nactus est. Cæterùm adversùs alium possessorem prærogativa jurisjurandi non utitur: quoniam non debet alii nocere, quod inter alios actum est; *l. 9. in fin. l. 10. l. 11. in pr. & §. 1. d. tit.*

TEXTUS.

De re judicata.

5. *Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat: & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.*

COMMENTARIUS.

Non ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. Quid enim si judex perperam pronuntiaverit? Tantùm propter auctoritatem rei judicatæ statur sententiæ, à qua appellatum non est: quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica suasit utilitas; alioqui nodus litium multiplicatus inexplicabilem afferret difficultatem; *l. 6. de exc. rei jud.* Comparata est autem rei judicatæ exceptio tuendi ejus rei causa, qui sententia judicis absolutus est sive debitor sit, sive possessor: ei verò, contra quem judicatum est, hæc exceptio numquam datur; *l. evidenter 16. eod. t.* Cui non obstat *l. 4. C. depos.* nam qui in sortem tantùm reum condemnat, vi ipsa de usuris absolvit.

Obligatio durat] Aut hoc referendum est ad actionem in personam, quoniam in rem actio non descendit ex obligatione: aut verbum obligationis contra usum Veterum, qui eo in vendicationibus numquam utuntur, laxiùs accepit. Theophilus videtur legisse, *Actio durat*. Sic enim hunc locum convertit: *ἡ ἀγωγὴ μένει*; eaque lectio Hotomanno & Tuningio magis probatur: in quos cur tam vehementer invehatur Christoph. Riccius in vendic. jur. præmess. c. 19. nullam equidem causam video.

Per exceptionem rei judicatæ] Hæc autem exceptio non aliter agenti obstat, quàm si eadem quæstio inter easdem personas revocetur; *l. 3. de exc. rei jud.* Itaque ita demum nocet, si omnia sint eadem, idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem causa petendi, eademque conditio per-

sonarum, quæ qualia sint, latè explicatur in *leg. cum quaritur* 12. *seqq. eod.*

TEXTUS.

De cæteris exceptionibus.

6. *Hæc exempli causa retulisse sufficiat; alioqui quàm ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.*

COMMENTARIUS.

JUstinianus non putavit operæ pretium, exceptiones omnes earumque causas proximas, quæ multæ & variæ sunt, singulatim recensere: sed celebrioribus tantùm exempli loco propositis, de reliquis jubet consuli volumen *Pand. lib. D.* 44. *tit.* 1. *cum seq.*

TEXTUS.

Divisio prima.

7. *Quarum quædam ex legibus, vel iis quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.*

NOTÆ.

7. *Ex Prætoris jurisdictione*] Veluti Quod metus causa, De dolo, pacti jurisjurandi, &c.

COMMENTARIUS.

HÆc exceptionum divisio sumpta est à causa efficiente remota, ut & obligationum illa in §. 1. *sup. de oblig.* & actionum §. 3. *sup. de act.*

Ex legibus] Exceptionum ex legibus propriè dictis descendentium nulla mihi occurrit. Arbitror tamen exceptionem rei judicatæ esse ex lege 12. tabularum.

Quæ legis vicem obtinent.] Intelligit Principum Constitutiones & Senatusconsulta. Ex Principum Constitutionibus sunt emptiones divisionis & ordinis: item præscriptiones illæ temporales quadriennii, re aliena à fisco vendita; *tit. Cod. de quadriennii præscr.* quinquenii adversùs querelam inofficiosi testamenti: triginta annorum in actionibus personalibus, item in rebus, quæ usucapi, aut longo tempore acquiri non possunt; *l.* 3. & 4. *C. de præscr. trig. ann.* decem dierum in causa appellationis, &c. *auth. hodie C. appel.* Ex Senatusconsultis sunt duæ, exceptio Senatusconsulti Macedoniani de pecunia filio fam. credita, & exceptio Vellejani de intercessione mulieris.

TEXTUS.

Divisio secunda.

8. *Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ.*

COMMENTARIUS.

QUarumdam exceptionum hæc vis est, ut rem, de qua agitur, perimant, atque objectæ efficiant, ne ampliùs de ea re agi possit: aliæ verò ad tempus tantùm nocent, & in id tempus duntaxat actionem differunt. Unde aliæ dictæ sunt perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ; *l.* 2. §. *ult. l. hoc t.* Est igitur hæc divisio sumpta ab effectu.

TEXTUS.

De peremptoriis.

9. *Perpetuæ & peremptoriæ sunt, quæ semper agentibus obstant, & semper rem, de qua agitur, perimunt: qualis est exceptio doli mali, & quod metus causa factum est, & pacti conventi, cum ita convenerit, ut omnino pecunia peteretur.*

NOTÆ.

9. *Doli mali*] Quamvis actio de dolo sit temporalis; differentiæ rationem indicat Paul. *l.* 5. §. *ult. de dol. mal. exc.*

Et pacti conventi] Huc etiam pertinet exceptio erroris; item jurisjurandi; rei judicatæ transactionis; non numeratæ pecuniæ, &c.

COMMENTARIUS.

1 *Perpetuæ exceptiones unde dictæ.*
2 *Exceptio doli cur perpetua, cum actio de dolo temporalis.*

QUæ semper agentibus obstant, &c.] Vis exceptionum perpetuarum & peremptoriarum, quam ipsam & nomina indicant, hæc est, quòd oppositæ & probatæ semper agentibus obstent; & rem, de qua agitur, perimant: unde alibi dicuntur totius negotii cognitionem tollere, & vires principalis negotii exhaurire, *l.* 4. *C. de præc. imp. off.* non enim actionem solùm, sed etiam obligationem tollunt; idque non minore cum effectu, quam si sublata esset ipso jure: ut non abs re scriptum sit: Nihil interesse, utrùm actionem quis non habeat; an eam, quæ per exceptionem perpetuam infirmetur: & pro indebito haberi id cujus petitio ita repelli potest; *leg. nihil interest* 112. *de reg. jur. l.* 4. §. 1. *de const. pec. l. qui exceptionem* 40. *de cond. ind.* Dictæ igitur sunt perpetuæ non à tempore proponendi, quod quacumque judicii parte opponi possunt, aut malè DD. & Myns. *hic num.* 2, nam & dilatoriæ quædam post litem 1

con-

contestatam objici possunt; ut postea ostendemus: sed à tempore, quo effectus propositarum durat; eoque sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ verè perpetua est; *Bronch. 2. misc. 52.* Gajus sic definit: *Perpetuæ atque peremptoriæ sunt, quæ semper locum habent, nec evitari possunt; l. 3. hoc tit. sc. semel opposita.*

Exceptio doli mali] Obiter hic notandum, exceptionem peremptoriam, quamvis nascatur ex causa, ex qua actio nata esset temporalis, non solùm eo sensu perpetuam esse, quo diximus, sed etiam lapsu temporis non interire; veibi causa, actio de dolo temporalis est; exceptio autem doli perpetuò competit. Hoc ideò, quia actor in sua potestate habet, quando jure suo utatur; at in rei potestate non est, quando conveniatur, *l. 5. §. ult. de dol. exc.* Secus tamen est, cùm quis jus suum, intra certum tempus lege definitum, per modum actionis in judicio proponere potest, quia tunc illa ratio cessat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, querelæ inofficiosi quinquennio finitur; *Gomez t. var. res. t t. num. 20. Cestal. in l. 8. §. si filius 13. de inoff. testam.*

Quòd metus causa, &c.] Tres hæ exceptiones;
2 Doli mali; Quod metus causa; & Pacti conventi perpetui, exempli tantùm causa proferuntur. Sunt enim longè plures exceptionum peremptoriarum species. Nam huc etiam pertinet exceptio erroris; item jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis; item non numeratæ pecuniæ, liberationis legatæ, rei venditæ, quæ vendicanti objicitur; *tit. de exc. rei vend.* item Senatusconsulti Macedoniani & Vellejani, trium conformium sententiarum; *L. uni. C. ne lic. in un. ead. ca.* quam exceptionem hodie non attendunt suprema tribunalia; *Mynf. 1. obs. 15. Gail. 1. obs. 72. Christ. vol. 4. dec. 122. Imb. lib. 2. inst. for. Bugnion. lib. 1. leg. abrog. art. 263.* denique præscriptiones omnes, quæ reo ex tempore nascuntur, & si quæ sunt aliæ, quæ rem, de qua agitur, perimunt.

TEXTUS.

De dilatoriis.

10. *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis est Pacti conventi, cùm ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo iis, quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut Pacti conventi, aut alia similis, differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioqui si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio; neque eo judicio quicquam consequebantur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant: cùm temerè rem in judicium deducebant & consumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita strictè hoc procedere volumus; sed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenonianæ Constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel quas natura actionis continet, si contempserit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam passi sunt: & post eas finitas, non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint; ut actores tali pœna perterriti tempora litium doceantur observare.*

NOTÆ.

10. *Alia similis*] Puta quòd petitæ pecuniæ dies non venit; *l. 2. §. 6. de eo quod cert. loc.* Hujus generis est etiam præscriptio moratoria à Principe impetrata; *l. 2. l. 4. C. de prec. Imp. off.* item exceptiones procuratoriæ; *§. ult. inf. eod.* præscriptiones fori; *l. ult. C. eod.* exceptiones, quæ adversùs inhumanam solidi petitionem conceduntur, &c.

Propter exceptionem] Nempe hanc, *Cujus pecuniæ dies non venit*; quæ erat dilatoria. *Cic. 1. de Orat.* ubi ostendit, quàm pudendi lapsus in magnis Oratoribus occasionem dederit hujus juris ignorantia. *Pac.*

COMMENTARIUS.

1 *Præscriptio moratoria, & aliæ dilatoriarum numero.*
2 *Exceptio excussionis in dilatoria.*
3 *Dilatoria propter diem initio obligationi adjectum.*

Exceptiones temporales & dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt, dilatoriæ: quia ad tempus id faciunt, temporales appellantur. Gajus sic eas definit: *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ non semper locum habent, sed evitari possunt; l. 3. h. t.*

Qualis est pacti conventi, cùm ita convenerit, &c.] Hæc ab effectu appellari potest solutionis dilatoria. Cui similis est præscriptio moratoria à Principe impetrata, *l. 2. & l. 4. C. de prec. imp. off. L. in fraudem 45. §. in fiscalibus, de jur. fisc.* Solent enim Principes humanitatis causa dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus, qui fortunæ injuria facultatibus exuti, aut magnum aliquod damnum rei familiaris passi, spatium aliquod ad solvendum petunt, quo se interim tueantur adversùs creditores, ne in carcerem ire aut bonis cedere cogantur. Vulgò appellant litteras salvi conductus, gratiæ, securitatis; Nostrates, *Briven. van atterminatio ofrespyt.* Qua de re consulendi *Afflit. dec. 377. & seqq. Surd. decis. 301.*

307. 322. Bosr. dec. 96. Thes. jur. decis. 186. Rebuff. de lit. dilat. art. 1. gloss. 1. num. 9. Christin. vol. 2, decis. 70. & seqq. Kintschot. tract. de solut. induc. Dilatoriarum numero sunt & exceptiones, quæ dicuntur procuratoriæ; *l. 2. §. ult. l. 3. in fin. hoc t. §. ult. inf. eod.* item præscriptiones fori; *l. ult. C. eod.* ut exceptio incompetentiæ, recusationis judicis. Hæ sunt, quæ vulgò appellantur judicii declinatoriæ; *Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 2. 3. & 4.* Dilatoriæ quoque exceptiones sunt, quæ adversùs inhumanam solidi petitionem conceduntur; *leg. 16. & seqq. de re jud. §. item si 37. & sequ. & §. ult. sup. de act.* ubi vid. Item quæ ideò objiciuntur, quòd actione, qua agitur, præjudicium fit rei majori; *tit. Cod. de ord. jud.* Item exceptio cedendarum actionum; non impleti contractus; libelli generalis & obscuri: item exceptio sub & obreptionis; quæ tamen quate-
2 nus negotium principale concernit, peremptoriis annumerari potest: *Christin. vol. 4. dec. 174. num. 5.* Denique exceptiones loci non tuti vel inhonesti; termini angusti; feriarum; & simil. de quibus latè *Zanger. de except. pars. 2.* Plerique etiam exceptionem divisionis dilatoriam esse statuunt: sed rectiùs alii ad peremptorias eam referunt: *Sichard. ad l. 10. C. de fidejuss. Broch. 2. misc. 52. Zanger. de exc. part. 3. cap. 10.* Exceptio quoque excussionis quibusdam dilatoria est; quoniam ajunt, litem tantùm differt, non perimit; siquidem creditor excusso debitore potest redire ad fidejussorem sine metu hujus exceptionis; *Auth. præsente, C. de fidei. Fachin. l. 8. cap. 52. Ant. Fab. C. suo, hoc tit. def. 1.* Verùm ego & hanc ad classem peremptoriarum potiùs referendam arbitror; nam utique actionem perimit, quod ad fidejussorem attinet, si debitor solvendo esse reperiatur. Hoc verò sufficit, ut pro perpetua & peremptoria haberi debeat; *leg. sufficit 56. de cond. ind. D. Tuld. comm. hic cap. 6.* Aliis hæc exceptio dicitur anomala.

3 *Aut pacti conventi, aut alia similis*]Puta, quò pecuniæ petitæ dies non venit. Nam & cùm obligatio ab initio in diem contracta est, ipso jure actio statim nascitur; ut abunde probavimus ad *§. 2. sup. de verb. obl.* sed præmaturè seu ante diem agens exceptione *Cujus pecuniæ dies non venit*, repellebatur: & quia perperam agebat, tempore plus debito petens; *l. 2. §. qui ita 6. de eo quod cert. loc. l. un. §. ult. quand. di. usufr. leg. ced. l. liber. 118. §. 1. de verb. obl.* causæ amissione multabatur. Quæ pœna erat cujuslibet plus petitionis; *§. si quid agens 33. sup. de act.* Cæterum ex Constitutione Zenonis confirmata à Justiniano actor ante tempus pactionis aut obligationis litem inferens non ampliùs rem consumit, sed hanc pœnam suffert, ut cogatur reliquas inducias rei conduplicare; iisque finitis non ante audiatur, quàm sumptus omnes prioris litis refuderit, *hoc text. in calce.* Quid hodie juris sit, exposui ad *d. §. si quis agens.*

TEXTUS.

De dilatoriis ex persona.

11. *Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones, quales sunt procuratoriæ, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit. Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur. Suis verò negotiis superesse sine offensa militaris disciplinæ possunt. Eas vero exceptione, quæ olim pròcuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus; ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.*

NOTÆ.

Quæ procuratoribus propter infamiam] Apparet ex hoc loco, olim infames neque procuratores esse, neque procuratorem dare potuisse, quamquam per se agere poterant. Paul, 1. *sent*, 1. Quint, 3. *cap.* 8.

COMMENTARIUS.

1 *Varia exceptionis dilatoriæ genera ratione objecti.*
2 *Exceptio procuratoria quotuplex.*
3 *Liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti.*
4 *Usus exceptionum peremptoriarum in bonæ fidei judiciis: in his contestationem earum non fuisse necessariam.*
5 *In strictis judiciis misse litis contestandas.*
6 *Quid ex Interpretum sententia hic receptum.*
7 *Usus exceptionum rei judicatæ, juris jurandi, & transactionis.*
8 *Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse.*
9 *Quibus exceptionibus uti liceat etiam in executione rei judicatæ.*
10 *Usus dilatoriarum, has regulariter inter exordia litis opponi, disceptari, &c. oportere: & hinc excipienda.*
11 *Quæ exceptionee dilatoriæ etiam post sententiam rectè opponuntur.*
12 *Mores hodierni plerorumque tribunalium circa usum exceptionum.*

EXceptionum dilatoriarum quædam tangunt negotium ipsum & causam principalem; ut exceptio pacti temporalis de non petendo; præscriptio moratoria, &c. Quædam constitutionem judicii. Atque ex his quædam personam judicis; ut exceptio suspecti, & exceptio præventionis; de qua in *l. 7. de jud.* item ea, quæ specialiter dicitur exceptio incompetentiæ, si videlicet apud

eum

eum agatur; cujus de ea re, de qua agitur, aut in personam, cum qua agitur, jurisdictio non est. Quædam personam adversarii; puta quòd idoneam personam standi in judicio non habet, *tit. C. de his qui pers. legit. &c.* Quædam personam procuratorum: vel quia procuratores non sunt: vel quia procuratores esse non possunt; quæ dicuntur procuratoriæ; *leg. 2. §. ult. leg. 3. hoc tit.* Sed nec incommodè quis dixerit, dilatorias omnes comparatas esse adversùs quamcumque perversam judicii institutionem; sive quia persona judicis, aut adversarii, aut procuratoris, idonea non est ad judicium exercendum; sive quia actio, quæ in-
2 tenditur, non competit, aut alia priùs intendi debet, ne per eam graviori causæ præjudicium fiat; & generaliter quæcumque judicium transferunt, vel commutant in alias personas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde à Cicerone *lib. 1. & 2. de invent.* appellantur translationes & judicii commutationes.

Quales sunt procuratoriæ] Exceptiones procuratoriæ ex persona dilatoriæ sunt, quia rem differunt: nam qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non prorsùs inficiatur litem, sed personam evitat; *l. 2. in fin. hoc tit.* Exceptio autem procuratoria duplex est: nam aut omninò procurator esse negatur; veluti si dicatur mandatum non habere; *l. inter quos 39. §. pen. de damn. inf. l. licèt C. de proc.* aut pupillo sine auctoritate tutoris constitutus; *l. in exceptionibus 19. §. 2. de prob.* aut esse non posse contenditur; veluti si miles sit, aut mulier: cujusmodi exceptionum vix ullus hodie usus est; ut liquet ex iis, quæ *sup. ad §. 2. de iis per quos ag.*

Mulierem] Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiæ ratio prohibet; *l. 2. de reg. jur. l. 1. de postul.* quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defensorio nomine suscipere possunt, *l. neque fœminæ 54. de proc. l. alienam 18. C. eod.* ubi Imp. ajunt: Alienam susci-
3 pere defensionem virile esse officium, & ultra sexum muliebrem. Planè alias actiones in rem suam & proprium lucrum sibi mandatas exercere non prohibentur; *l. 4. eod.*

Militibus nec pro patre] Milites nec pro patre quidem aut matre aut uxore, quamvis rescriptum impetraverint, procuratores esse possunt; *l. 8. §. 2. de proc. l. 7. C. eod.*

Suis negotiis] *L. 9. C. de pro.* ubi Imp. militibus non tantùm suas causas agere, verùm etiam si in rem suam procuratores constituti sint, alienas actiones persequi permittit.

Propter infamiam] Apparet ex hoc loco, olim infames neque procuratores esse, neque procuratorem dare potuisse, quamquam per se agere poterant. Justinianus autem exceptiones de agentis aut procuratoris infamia quiescere jubet. Utique ubi de infamia non apertè constat, & ob id disceptatio negotii protelanda. Operæ pretium facturus videor, si hic aliquid subjecero de recto usu exceptionum exercendarum. De eo duplex fere quæstio est; una de numero objiciendarum; altera de tempore objiciendi. De numero hoc quæsitum: *Liceat ne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti.* Movet exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium; quarum constat, una tantùm eodem tempore experiri licere. Sed quod actori non licet, id placuit licere ei, unde petitur, ut pluribus exceptionibus quamvis diversis modo ne se invicem destruant, eodem tempore uti possit hoc effectu, ut si in una probanda defecerit, ad aliam recurrere non prohibeatur; *l. 5. l. 8. hoc tit. l. nemo 33. de reg. jur. cap. nullus, eod. in 6. DD. comm. in d. l. 8. Zas. ibid. num. 4. Covar. 1. var. resol. 2. num. 2.* Differentiæ ratio est, quòd agere actori liberum est; defendere reo non
item. Non iniquum in actore lacessendi liberta- 4
tem uno genere armorum circumscribere: reo verò, cui non semper sui defendendi facultas, omnia ad defendendum arma suppeditare humanum est. De tempore objiciendæ exceptionis ita in peremptoriis jus olim fuit: ut in bonæ fidei judiciis necesse non esset exceptionem initio litis contestari; sed eam quandoque ante rem judicatam opponere liceret. Cui non obstat, quod dicitur: ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse. Nam in bonæ fidei judiciis verba ipsa judicii dati exceptionem tacitâ includunt, cùm in his jubeatur judex judicare ex æquo & bono: idque Veteres significant, cùm ajunt: Exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri: etsi non excipiatur; satis tamen per officium judicis consuli; *l. 3. de resc. vend. l. hujusmodi 84. §. qui servum de legat. 1. l. planè 38. l. ult. de hær. pet.* In strictis verò judiciis exceptionem in principio litis nominatim contestari necesse erat; & vel à reo agnoscente intentionem actoris statim probari; vel à dubitante tantisper omissam, donec actor intentionem suam probasset, antequàm sententia ferretur, ad disceptationem opponi. Textus clari in *l. 9. C. de præsc. long.
temp. l. 8. & l. 9. C. hoc tit.* Cæterum non contesta- 5
tam postea objicere, nego pro arbitrio licuisse. Cujus ego rei fortissimum hoc argumentum habeo. Certum est, ultra id, quod in judicium deductum est, judicis potestatem non excedere, *l. 18. comm. div.* Atqui in strictis judiciis nihil in judicium deductum intelligi potest, de quo lis non apertè contestata sit. Nam sive veterum judiciorum rationem considerare volumus, palam est, exceptiones in jure apud Prætorem proponi debuisse, qui deinde formulæ eas includebat: sive mutatam postea judiciorum formam; constat eamdem judicis potestatem mansisse liberam in bonæ fidei judiciis: in contrariis adstrictam iis rebus, quæ nominatim in judicium deductæ sunt, ut proinde in his nihilominus necesse fuerit exceptionem in exordio litis contestari. Atque ita sæpissimè rescriptum est, postquàm jam à Diocl. *l. 2. C. de ped. jud.* sublata esset judicis dandi licentia; *l. 8. leg. C. hoc tit. l. 9. de præsc. long. temp.* Quibus non obstat *l. 2. C. sent. resc.* Nam omissas ibid. ex *d. l. 8. & 9. hoc tit.* accipere debemus: non quarum nulla mentio initio facta, sed quæ contesta-

tæ postea omissæ, id est, dilatæ sunt ad probatio-
nem & disceptationem, *Don. ad d. l. 8. num. 7. Gu-
delin. lib. 4. c. 8.* Cæterùm plurium suffragiis pro-
batum, usuque receptum est, ut hujus generis ex-
ceptiones etiam non contestatæ usque ad sen-
tentiam rectè objiciantur; vid. *Mynf. 1. obs. 24.*
6 *Marant. §. 6. num. 12. Gail. 1. obs. 74. num. 13. Vvis.
part. num. 7.* quod eo faciliùs nunc admittendum,
quia discrimen judiciorum bonæ fidei & stricti ju-
ris penè sublatum est; ut alibi demonstravi. Ex-
ceptiones rei judicatæ, juris jurandi, & transa-
ctionis, hoc speciale habent, quòd impediant
litis ingressum; modò paratam earum reus pro-
bationem habeat: unde & litis finitæ appellan-
tur; *Christin. d. decis. num. 7. Gudelin. lib. 4. cap.
7. sect. 1.* Quamquam si initio oppositæ non sunt
7 ad impediendum processum; nihilominus po-
stea opponi possunt ad justitiam causæ; *Christ.
de dec. num. 18. & seq.* Sciamus autem: ea, quæ
de contestatione harum exceptionum diximus,
dicta esse de exceptionibus facti, quibus ali-
quid factum esse intendimus, quod proinde &
probare debemus; ut intelligitur ex *l. exceptio-
nibus 19. de prob.* quæ enim quæstionem facti
habent, non possunt intelligi in judicium de-
duci, nisi facti contestatione. Diversa autem
causa est exceptionum juris, id est, earum,
quæ alicui conditione ipsa personæ jure tri-
buuntur; qualis est exceptio divisionis epistola
D. Hadriani fidejussoribus tributa. Nam hoc
genus contestari necesse non est; sed sufficit
8 quandoque, ante sententiam allegari; *l. 10. Cod.
de fidejuss. & ibi D. Ant. Fab. C. suo, hoc tit. de-
fin. 1. n. 3.* Nimirum auxilium divisionis satis sub
appellatione & persona fidejussoris in judicium
deduci intelligitur, cùm fidejussori jure tribua-
tur, hoc ipso quòd fidejussor est. Duæ omni-
no exceptiones peremptoriæ sunt, quas non so-
lùm necesse non est initio litis contestari; sed
quibus etiam non allegatis uti licet in executio-
ne rei judicatæ; nempe exceptio Senatuscon-
sulti Macedoniani & Vellejani, *l. 11. SC. Mac.*
9 Id quod mirum videri non debet placuisse in iis
exceptionibus, quæ publicæ utilitatis causa ma-
ximè introductæ sunt. DD. nostri etiam plures
hujus generis referunt in *l. 1. C. de re jud. l. 1. Cod.
de jur. & fact. ign. Gail. 1. obs. 113. num. 5. & seq.
Zas. in l. 2. hoc tit. num. 16. Marant. part. 2. memb.
9. num. 18. Merul. lib. 4. distinct. 4. sect. 3. tit. 4.
c. 14.* Exceptiones dilatoriæ, cujuscumque eæ
generis sunt, si paucas dempseris, inter exordia
litis, hoc est, ante litem contestatam opponi
debent. Quin & disceptari, & probari, & deci-
di, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Excipitur dilatoria solu-
tionis; non defugiendi judicii, sed solutionis dif-
ferendæ gratia objecta; seu, ut vulgò loquun-
tur, non ad impediendum processum, sed ad me-
rita causæ opposita, cujus initio contestatæ pro-
batio demum à reo exigitur, postquam actor in-
tentionem suam probavit; quò refero *l. exceptio-
nem 19. C. de probat. cum Gudelin. lib. 4. c. 7. sect.
1.* Sed & si quæ hujus generis demum post litem
contestatam nata sit; veluti si novæ causæ posteà
emerserint, ob quas judicem tamquam suspe-
ctum recusare liceat; non est ambigendum, quin
hujusmodi exceptio post cœptum judicium obji-
ci possit, *c. 15. de off. de leg. Sich. ad l. 13. C. de proc. n.
5.* quamquam in privilegio fori superveniente
hoc locum non habet, *l. 7. de judic.* Idem juris 10
esse Interp. nostri volunt, si exceptio gravamen
successivum, ut loquuntur, habet: cujusmodi
est exceptio loci non tuti vel suspecti; *Mynf. 2. obs.
74. Gail. 1. obs. 52. n. 3. Sichard. d. loc. n. 6.* Item si
reus exceptionem sibi competere in facto errans
ignoraverit; *c. 4. Pand. hoc tit. Covar. pr. quæst. 26. n.
2.* Illud certum est, exceptiones dilatorias, quæ
adversùs inhumanam solidi petitionem compa-
ratæ sunt, non solùm post litem contestatam
ante sententiam objici posse, sed etiam post rem
judicatam in ipsa executione; *l. 15. l. 17. §. ult. sol.
matr. l. item 18. l. Nesennius 41. §. ult. de re jud.* Ra-
tionem reddunt: quia hoc genus exceptionis non
impugnat sententiam, sed moderatur vires judi-
cati. Idem obtinet & in exceptione restitutio- 11
nis; *l. divus 33. de re jud.* & in exceptione ceden-
darum actionum; *l. fidei 41. §. 1. de fidejuss.* Item
in exceptione non impleti contractus, veluti pre-
tii non soluti; de qua DD. in *l. 1. Cod. de jur. &
fact. ign. Gail. 2. obs. 27. Zang. de exc. part. 3. cap.
28. n. 88.* Tantumdem dixero, si exceptio judi-
cium retro reddat nullum: qualis est exceptio
falsi procuratoris; *l. licet 24. C. de proc.* si modò
hæc vera exceptio. Moribus multorum tribuna-
lium nunc ita comparatum est, ut reus omnes
exceptiones, quas habet, simul & conjunctim
initio litis proponere debeat, peremptoriasque
unà cum dilatoriis; quod vocant procedere ad
omnes fines. Cæterùm protestari consuevit reus,
se hac exceptionum cumulatione nihil damni ha-
biturum: sed ex illis defensionem rectè atque or-
dine velle tribui; *Damhoud. prax. civ. cap. 139. Im- 12
bert. inst. for. lib. 1. cap. 51. Mynf. 5. obs. 89. Me-
rul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 1. Christin. vol.
4. dec. 174. num. 15. Gudelin. lib. 14. c. 7. sect. 11. &
c. 8. sect. 1. in fin.* ubi etiam docet, quam ratio-
nem hoc institutum habeat, nimirum ut cunctis
rei defensionibus initio allegatis, judex ex iis
statum causæ eliciat. Variatur enim status cau-
sæ, cùm intentione actoris probata exceptio po-
stea opponitur. Et quid opus est actorem lon-
gum tempus magnosque labores & sumptus pro-
bandæ intentioni suæ impendisse, si ea exce-
ptio tamdem objiciatur, quæ initio objecta eum
statim à lite retraxisset? Tres tamen sunt exce-
ptiones, quæ in tribunalibus nostris solæ & per
se proponi possunt; exceptio declinatoria fo-
ri; litis pendentiæ, & litis finitæ, juncta *in-
struct. Cur. Holl. art. 88. junct. art. 10. Am-
pliat. & art. 12. ord. Inst. Groenenv. d. l. ab-
rog. ad hoc tit. Inst.*

TITU-

TITULUS XIV.
DE REPLICATIONIBUS.

Replicatio quid sit.

Ut exceptio actorem excludit, ita replicatio reum; *l. 2. §. 2. de exc.* Estque nihil aliud replicatio, quàm secunda actoris allegatio ad firmandum actionem suam adversùs exceptionem à reo oppositam. Itaque & replicatio quædam exceptio est, sed quæ à parte actoris venit, *d. l. 2. §. 1.* unde à Paulo dicitur contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio; *l. exceptio 22. §. 1. eod.* quamquam propriè exceptio appellatur ea defensio, qua reus utitur ad excludendam actionem.

TEXTUS.

De replicatione.

Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie justa videtur; tamen iniquè noceat. Quod cùm accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia: quæ replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cùm pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat; deinde posteà in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat: si creditor agat, & excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: convenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet, licèt posteà in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est, creditorem excludi; replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

NOTÆ.

Quæ prima facie justa] Κατὰ τὸ ἀκριβές, secundùm jus strictum; iniqua autem, si ex æquitate putetur.

Adjuvandi actoris gratia] Exceptio est subsidium rei: replicatio actoris; *l. 7. l. 10. C. de except. l. 2. §. 2. D. eod.*

Replicatio vocatur] Quæ & ipsa quædam exceptio est, sed quæ à parte actoris venit, *d. l. 2. §. 2.*

Nocet & exceptio] Quia pactum prius per posterius non tollitur ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum est. Quia in stipulationibus jus continetur: in pactis factum versatur; *l. 27. §. 2. de pact.* id est, quia pacto non liberamur nisi contestatione pacti; at per stipulationem novantem, per stipulationem Aquilianam & subsecutam acceptilationem, etiam sine aliqua defensionis contestatione.

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur l. si unus 27. §. 2. de pact. & conciliatur cum l. Stichum 95. §. naturalis 4. de solut.*

Cum exceptio in speciem justa, revera iniqua est, opus est alia defensione adjuvandi actoris gratia. Ut ecce. Creditor, qui decem mutuo dederat, pactus est cum debitore, ut ab eo peteret. Posteà cùm quereretur creditor, nullam fuisse causam debiti remittendi, obtinuit, ut nova conventio interponeretur, qua placeret, tursus ei petere licere. Hìc si creditor agat, & excipiat debitor, obstabit agenti exceptio: nam prius pactum non tollitur per posterius ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum sit, puta si novandi animo posterior interposita sit; *leg. si unus 27. §. 2. de pact.* Cæterùm quia iniquum est, creditorem excludi; alia defensione adjuvatur ex posteriore pacto convento, quæ exceptioni opposita eam elidat: & nostris replicatio dicitur propterea quòd per eam replicatur & resolvitur jus exceptionis; *hoc text. l. 2. §. 1. & 2. eod.* Theophilus reddidit, *ἀναλύεται ἡ τῆς παραγραφῆς ἰσχύς. Vis exceptionis resolvitur.* Rhetores firmamentum appellant. Nam definitore Cicerone *in partit. Firmamentum est, quod ad labefactandam rationem* (ea nostris est *exceptio*) *refertur.* At enim, inquis, obligatio naturalis ipso jure per pactum tollitur, *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de solut.* cui consequens videtur, quòd pacti etiam hæc vis sit, ut ipso jure obligationem priorem reponat in pristinum statum, perinde ac si pactum prius interpositum non fuisset. Minimè, inquam: nam cùm non obstante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipso jure adhuc competat, fieri nequit, ut exceptio debitori priore pacto quæsita, posteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non possit. Atque hoc significat Jurisconsultus in *d. l. unus 27. §. 2. de pact.* cùm ait: In pactis factum versari. Antea dixerat: In stipulationibus jus contineri. Ait *In pactis factum versatur*, id est, ut ego interpretor pacta quidem nobis prosunt ad liberationem, sed facto nostro, si quis initio litis pactum sit contestatus, ejusque pacti exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim contestatio & defensio cùm in facto rei posita sit, rectè dicitur, in pactis factum ad liberationem versari, eademque hic exceptionis & replicationis ratio. *In stipulationibus*, inquit, *jus continetur*; id est, per stipulationem novantem, per Aquilianam eamque secutam acceptilationem, hoc assequimur, ut ipso jure liberemur: non facto alieno, sed nostro, id est, non defensionis

ctionis contestatione, aut acceptilationis exceptione & objectione. Huc pertinet, quod idem Jurisconsultus *leg. qui servum 34. §. 1. de oblat. & act.* scribit: Eum, qui rem sibi commodatam surripuerit, teneri quidem & commodati actione & condictione; sed alteram actionem per alteram perimi aut ipso jure aut per exceptionem. Significat enim, cùm quis ipso jure liberatus est, posse eum tutò negare se debere; & quamvis exceptionem in judicio proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solvisse se quandoque apud judicem doceat. Si verò per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare se teneri; sed cùm hoc confessus fuerit, ejus quod praecesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, ne teneatur. Hoc verò inquit facere est tutius: quia scil. dubitari possit, an eo modo prior actio sublata sit jure; *add. Cujac. & Anton. Fab. ad d. l. 27. §. 2. de pact. lib. Don. ad l. 5. C. eod. Bachov. de pact. cap. de eff. pact. lib.*

TEXTUS.

De duplicatione.

1. *Rursus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie justa est, iniquè noceat. Quod cùm accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia; quæ duplicatio vocatur.*

De triplicatione.

2. *Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori iniquè noceat; rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur; quæ dicitur triplicatio.*

De cæteris exceptionibus.

3. *Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius, quàm diximus, varietas negotiorum introducit; quas omnes apertiùs ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.*

COMMENTARIUS.

1 *Hodie ultra duplicationem non procedi nisi ex gravi causa: nec in statu juridiciali exceptionum aut replicationum usum esse.*

SI replicatio & ipsa prima fronte justa, revera
1 autem iniqua sit, contra eam datur reo duplicatio, & rursus contra duplicationem actori triplicatio, & sic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel actor vel reus objicit, allegationumque ultro citroque modus est infinitus, *l. 2. §. 3. hoc tit.* Verùm hanc licentiam posteritas meritò refrænandam putavit, ne modus allegationum nimiùm multiplicatus non eam explicet causam, quàm implicet. Itaque hodie in benè constitutis Curiis placet, non procedi ultra duplicationem, nisi ex gravi causa judex aliter decernat: puta ob novi, & ad statum causæ pertinentis facti allegationem. *Vid. Ordin. Cam. Imp. p. 3. tit. 20. Imbert. 1. Inst. for. 36. Amplias. Instr. Cur. Holland. art. 12. D. Tuld. in comm. ad hunc tit. c. 1. & 2.* ubi exemplo hanc rem illustrans ostendit, cur necesse non sit ultra duplicationem progredi. Concessa autem ex causa actori triplicatione, reo simul concessa intelligitur quadruplicatio, & ita deinceps, *Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 10. cap. 1.* In statu causæ juridiciali, exceptionibus aut replicationibus non utimur: sed judex *appointeert partyen te beschryvenby memorien en advertissementen van rechten*, &c. In statu conjecturali *appointeert acten te maecken, en daer van te dienen, indien geen productie van noode is; ofte in feyten contrarie, indien productie vereyscht wordt. Ende worde in weyde geschreven vy eysch, antwoorde, replicq, duplicq, vy intervalle van tiids, sonder meer Merul. d. dist. 4. sect. 4. tit. 10. & seq.*

TEXTUS.

Quæ exceptiones fidejussoribus prosunt, vel non.

4. *Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus, & rectè. Quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur: quia mandati judicio redditurus est eis, quod ei pro eo solverint. Qua ratione & si de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit, perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis pecunia peteretur. Sanè quædam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem,* Si bonis cesserit. *Sed hæc exceptio fidejussoribus non datur: ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maximè prospicit, ut cùm facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ exceptiones ad alios transeant, aut non transeant.*

2 *Exceptio læsionis ex causa ætatis cujus generis.*

UTrùm exceptio, quæ debitori competit, ad alios, puta hæredes, fidejussores, transeat, nec ne, ex genere exceptionis definiendum est. 1
Nam quædam exceptiones in rem sunt, quædam in personam; sive quod idem est, quædam causæ

seu

seu rei, quædam personæ cujusque cohærent. Rei cohærentes exceptiones sunt, veluti rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa, pacti conventi in rem, Senatusconsultorum Velleiani & Macedoniani, &c. *l.7. §.1. hoc tit.* Personę cohærent, exceptio pacti, quo nominatim convenit, ne à solo debitore peteretur, *l. nisi 22. de pact.* ne quis ultra quàm facere potest conveniatur, *d.l.7. in pr.* item præscriptio moratoria, utpote beneficium Principis personale, *l.1. §.2. de const. Princ. l.privilegia 195. de reg.jur.* Primi generis exceptiones etiam successoribus & fidejussoribus, reliquisque accessionibus dantur, *d.l.7. §.1. l.omnes 19. hoc tit. de except. l. si tibi 17. §. pactum 5. cum aliquot ll. seqq. de pact. l.ex persona 32. de fidejuss. l.9. §.ult. l.si si 25. §.ult. de exc. rei jud. l.7. cum seq. de jurejur. l.9. §.pen. de sen. Mac. l.16. §.1. ad sen.Velli. l.8. C. de non num. pec. l. emptori 28. Cod. de evict.* Secundi generis personam debitoris non egrediuntur, *ll.12. & l.seq. sol. matr. l.etsi 24. cum seq. de re jud. l.nisi 22. l.idem 25. §.1. de pact. cum similibus.*

Quia mandati judicio] Hæc ratio est, ob quam placet, exceptionem, quam reus habet, etiam fidejussori prodesse, nimirum quia alioqui nec ipsi reo profutura esset: quippe à quo fidejussor, quod solvit, judicio mandati repetere potest, *l. si quid sup. de fidejuss. l.mandati 14. C. eod.* Hinc quod à fidejussore petitur, τὸ ἀυτὸ δυνάμει, à reo exigi, scribit Ulpian. *l.adversus 29. de recept. arb.* Quòd si nulla sit mandati actio, puta si donandi animo fidejusserit, exceptio reo competens fidejussori non proderit, *l.quod dictum 31. de pact. l.9. §.pen. de sen. Mac.*

Si de non petenda pecunia] Nisi nominatim id actum, ne à solo debitore peteretur, non etiam à fidejussoribus: nam tale pactum, quia personale est, ad fidejussorem non pertinet, quemadmodum nec ad hæredem, *l.nisi 22. l.idem 25. §.1. de pact.* Putarem tamen, hodie etiam tale pactum fidejussori prodesse debere propter beneficium ordinis novissimo jure fidejussoribus tributum; quod alioqui facilè per collusionem reorum eis auferri posset. Hoc & D. Cujacius *in d.l.22.*

Debitor si bonis suis cesserit] Debitor, qui creditori suo bonis cessit, si iterum conveniatur, tueri se potest exceptione cessionis bonorum, neque tenetur, nisi quid alicujus momenti postmodum acquisierit: quo tamen casu adhuc in solidum conventus exceptionem competentiæ habet, ne ultra quàm facere possit condemnetur, *l. 4. & pass. de cess. bon.* Hæc autem exceptio, uti & cæteræ omnes, quę adversùs solidi petitionem comparatæ sint, personalis est: non causæ, sed personæ cohærens: & ideò ad alios non transit, *l.7. pr. de excep.* De quo plura *sub §.ult. de act.*

Qui alios pro debitore obligat] Cùm fidejussor suam personam tanquam magis idoneam substituat pro persona debitoris principalis, meritò arcetur ab iis defensionibus, quæ propriæ sunt personæ rei, & specialiter tribuuntur. Exceptio læsionis ex causa ætatis, quæ minori in integrum restituto datur, mixti generis esse videtur, & partim pro beneficio causæ habenda, quia etiam hæredibus minoris datur, etsi ipsi sint majores, *l.6. de restit. in integr. l.minor 18. §.ult. de minor.* partim pro beneficio personæ, quia denegatur fidejussoribus ejus, *l.in causæ 13. pr. eod. l.7. in fin. de except. l.1. l.2. C. de fidei. min.* nisi fortè salva sit creditori judicii in alium translatio, *l.minor 51. de procur. add. Mynf. 3. obs. 18. Mauris. tract. de rest. in int. c. 13. Gomez 2. res. 14. n.6. & 9.* Planè si quis pro minore dolo adversarii circumvento intervenerit; ex hac causa quæ minori competit exceptio, ea pro beneficio causæ omni ex parte habetur, ut etiam prosit fidejussori. Nec mirum, cùm etiam majoribus ex eadem causa eadem exceptio detur, *d. l 7. §.1. de except. l.ult. C. de fides. min. Mauris. c.14. Odd. tract. de rest. in int. 1. q.48. Duar. ad d. tit. 6.*

TITULUS XV.

DE INTERDICTIS.

Dig. Lib. 43. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 1.

Ratio ordinis, & summa tituli.

POstquàm de actionibus, earumque ordine, progressu, & cum exceptionibus congressu dictum est, non inconvenienter subjicitur tractatio de interdictis, quippe quæ & ipsa actionum instar obtinent; & si vim eorum ac potestatem spectes, id est, quod iis consequi volumus, re ipsa actiones sunt, undè & actionis verbo contineri dicuntur, *l. actiones 37. de obl. & actionibus*. Denique & olim ex causa interdicti adversùs non parentem actio dabatur, & postea ambagibus interdictorum sublatis, placuit, ut rectà & protinus actio possessoria proponeretur, *l.pen. & ult. C. hoc tit.* Unde & Compositores titulum Pand. inscripserunt, *De interdictis sive extraordinariis actionibus, &c.* Docemur primùm hoc titulo, quid sit interdictum, & quæ ratio nominis; deinde variæ traduntur divisiones, quæ genera eorumque species ostenduntur.

TEXTUS.

Continuatio & definitio.

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem

autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus Prætor jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat; quod tunc maximè fiebat, cùm de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

NOTÆ.

Maximè cùm de possessione] Ait *maximè*, quia quædam interdicta proprietatis aut quasi proprietatis causam continent, *vid. l.2. §.2. hoc tit. l. 3. §. 11. cum seqq. de itin. act. priv.* Ideò autem de causa possessionis potissimùm interdicta proposita, ut hujusmodi controversiæ, in quibus ut plurimùm ultra jurgia proceditur, & manibus non temperatur, quàm celerrimè componerentur, *l.13. §.3. de usufr.*

Quasi possessione] Rerum scil. incorporalium, puta ususfructus & servitutum, quæ quasi possideri dicuntur, *l.18. §.1. de her pet. l. 23. §.3. ex quib. cauf. maj.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit interdictum juxta veterem formulam, & quid hodie: observatur error Theophili.*

2 *Quæ interdicta causam proprietatis aut quasi contineant.*

3 *Cur potissimùm de possessione proposita.*

SEd actionibus, *quæ pro his exercentur*] Nam tempore Justiniani necesse non erat interdictum reddi & impetrari; sed loco interdictorum actiones rectà introducebantur, ut docet *§. ult. hujus tituli.*

Formæ atque conceptiones verborum] Interdicta
1 certis verborum formulis constabant: id quod ex singulis ferè titulis libri 43. Pand. cuivis licet animadvertere. Itaque interdictum, si veterem formulam spectemus, sic rectè definietur: Decretum Prætoris certis verbis conceptum, quo in causis possessionum vel quasi possessionum jubetur aliquid fieri, aut vetatur, prout id rei, de qua agebatur, conveniebat. Nam aliàs petitur, ut possessio restituatur, aut res exhibeatur: hic Prætor restitui aut exhiberi jubebat. Aliàs qui tenet aut ea fruitur, petit, ne sibi tenenti aut fruenti vis fiat: hanc Prætor fieri vetabat.

Aut jubebat aliquid fieri] Sine constitutione judicii. Nam Prætor ad postulationem interdictum petentis adversario ad se vocato sine forma judicii interdictum reddebat, certa verborum formula jubens aut vetans aliquid fieri. Quòd si interdicto paritum non esset, tum aut manu ministrorum decretum suum exequebatur, aut civiliùs ex causa interdicti actionem & judicium dabat, *l.1. §.2. si vent. nom. mul. l.3. pr. ne vis fiat ei, qui in poss.* Totoque judicio fallitur Theophilus interdictum definiens: Enuntiatum Prætoris non decidens hypothesin, sed quomodò de ea judicandum sit, judicem informans. Posteà placuit, actionem sine isto circuitu rectà proponi: ut hodie interdicta nihil aliud sint quàm actiones, quibus de possessione disceptatur.

Tunc maximè cùm de possessione] Ait, *maximè*: quia quædam interdicta proprietatis aut quasi proprietatis causam continent; veluti de itinere actuque privato, de aqua quotidiana & æstiva, de locis sacris & religiosis, *l.2. §.2. hic t. l.3. §. ait. 11. tum §§. seqq. de itin. actuque priv. l.1. §. ult. de aq. quot. & æst.* Quamquam hæc non ideò dicuntur causam proprietatis continere, quòd non sint de possessione aut usu rei tuendo: sed quia cùm sint de his rebus principaliter, per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis, aut velut proprietatis: dum placet, eum vincere in hoc usu, qui jus, de cujus usu agitur, ad se pertinere ostenderit, *d. l.3. hoc autem 13. Don. ad hunc tit. C. n.6. Tuld. n.2.* Et hoc est quod dicitur *in d. l.1. §. ult.* in hujusmodi interdictis totam quæstionem finiri, id est, & possessionis & proprietatis, cùm illa, quæ sunt de sola possessione vel quasi possessione, tantùm sint præparatoria; & ubi desierunt, incipiat secunda actio, *l. ult. C. quor. bon.* quæ & principalis dicitur *in l. nulli C. de judic.* Ideò autem de causa possessionis potissimùm interdicta proposita fuisse videtur, ut hujusmodi controversiæ quàm celerrimè imperio Prætoris transigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unusquisque possessionem rei sibi asserere conatur, vis interim fiat: quod cùm in causis proprietatis, ubi de possessore jam constat, non metuatur, illarum cognitio sine periculo ad privatos judices delegari potest: quam etiam ob causam nunc ferè suprema tribunalia in prima instantia de causis possessionum cognoscunt, *Gail. 1. obs. 5. uti apud nos curia Provincialis art. 39. & seqq. Instr. Cur. Holl.* aut supremus Senatus *art. 19. supr. senat.* Sed & pleraque interdicta de iis rebus competunt, quarum nulla proprietas est, sed usus tantùm: quædam velut possessio privatorum, nempe de locis sacris, religiosis, publicis, hominibus liberis, *l.1. pr. hoc tit.* & exponuntur singulis tit. seorsum.

TEXTUS.

Divisio prima.

I. *Summa autem divisio interdictorum hæc est, quòd aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus Prætor vetat aliquid fieri; veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi, vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet; veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro hærede aut pro possessore possidet ex ea hæreditate; aut cùm jubet, ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per quæ jubet exhiberi, veluti eum, cujus de libertate agitur, aut libertum,* cui

cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putent, interdicta ea propriè vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere sit denuntiare & prohibere: restitutoria autem & exhibitoria propriè decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari; quia inter duos dicuntur.

NOTÆ.

1 *Vel mortuum inferenti, &c.*] Vid. *l.1. de mort. inf. l.1. & pass. ne quid in loc. sacr. l.1. de flum.*

COMMENTARIUS.

Divisio interdictorum, quæ hîc proponitur, à forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tam quæ de rebus divinis aliisque commercio hominum exemptis proposita sunt, quàm quæ de rebus privatis. Ulpian. *l.1. §.1. hoc tit.* addit: Quædam interdicta & mixta esse, quæ & prohibitoria sint & restitutoria. In quo genere est interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, *l.3. §.2. eod. tit.* item interdictum de liberis exhibendis & ducendis, *l.3. §.1. illo tit. vid. Cujac. 4. obs. 11.*

Vetat aliquid fieri] Unde in formulis edictorum prohibitoriorum Prætorem passim usurpare videmus verbum *veto*.

Vim sine vitio possidenti] Intelligit interdictum *Uti possidetis*: quod pleniùs explicabitur, *§. retinendæ inf. eod. Sine vitio possidenti*, id est, nec vi, nec clam, nec precariò possidenti ab adversario: nam aliàs etiam vitiosum possessorem interdictum tuetur, *l.1. §. ult. uti possid.*

Mortuum inferenti] Significat interdum de mortuo inferendo, quod in aliorum ordinem sub *lib.43.* Pand. non refertur, sed *tit. ult. lib. 11.* his verbis; *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus est, quominùs illi eo cave mortuum inferre, & ibi sepelire liceat, vim fieri veto.*

In loco sacro ædificari] De quo *in l.1. & passim, ne quid in loc. sacro.*

In flumine publico] De quo *sub tit. de fluminib. & tit. ne quid in flum. publ.*

Restitutoria, quibus restitui] Qua de causa ita semper concepta sunt, ut verbum *Restituas* addatur, *l.1. quor. bon. l.1. quod vi aut clam. l.2. de prec.*

Bonorum possessori] Significat interdictum, *Quorum bonorum*, de quo copiosiùs explicabitur *§. proximo.*

Qui vi de possessione] Unde apparet, significari interdictum *Unde vi. §.6 inf.* cui explicando alius item locus infra destinatus est.

Exhibitoria, per quæ jubet exhiberi] Quapropter verbum *Exhibeas* in his adde solet, *l.1. de tab. exhib. l.1. de hom. lib. exhib. l.1 de lib. exhib.* Inter actionem ad exhibendum & interdicta exhibitoria, hoc principaliter interest, quòd hæc tantùm ad causam possessionis pertinent, illa iis ferè datur, qui de proprietate litigaturi sunt, *l. 1. ad exhib.* Quod verò nonnulli ajunt, Actionem ad exhibendum competere de eo, quod privatim cujusque interest; interdicta autem hæc magis publicam causam spectare, id non esse perpetuum ostendit interdictum de tabulis exhibendis.

De cujus libertate] Significatur interdictum de homine libero exhibendo, quod tuendæ libertatis causa propositum est, ne videlicet homines liberi à quoque retineantur, *l.1. de hom. lib. exhib.*

Cui patronus operas] Quam ad rem comparatum interdictum, *de hom. lib. exhib.*

Aut parenti liberos) Cujus rei causa propositum interdictum sub *tit. de lib. exhib.*

Propriè interdicta vocari, quæ prohibitoria] Atque hoc quoque mihi admodum verisimile videtur; nam interdicere omnibus Latinè loquentibus idem est quod vetare, prohibere, ut existimandum sit, ex productione & quasi abusione ejus verbi esse, quòd decreta quoque restitutoria & exhibitoria interdicta appellata sint.

Quia inter duos dicuntur) Hoc planè ineptum videtur. Proindè *Alciat in leg. pecuniæ 178. de verb. sign.* pro his verbis: *Inter duos dicuntur*, reponit, *Interim dicuntur*. Quæ allusio naturæ rei non malè convenit, nam interdicta totam litem non perimunt; sed tantùm possessorem interim dicunt, quoad quæstio principalis de proprietate, de qua adhuc cognoscendum est, terminetur, *l. 3. Cod. hoc tit. l. 2. in fin. Cod. ubi in rem act. l.13. Cod. de rei vend.* Isidorus quoque & Anianus ad Paul. *lib.5. sentent.* interdictum definiunt Sententiam interim dictam, *add. Covar. pract. q.17.*

TEXTUS.

Divisio secunda.

2. *Sequens divisio interdictorum hæc est, quòd quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.*

NOTÆ.

1. *Sequens divisio*) Ex Paul. *l. 2. §. ultim. hoc titul.* Superior à forma, hæc à fine sumpta est, & ea dumtaxat interdicta complectitur, quæ ad rem familiarem spectant, *dict. l. 2. §. ult.*

Quædam adipiscendæ) Omnis de possessione rei privatæ contentio eò spectat, ut aut possessionem adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus. Auson. *Id 11. Interdictorum trinum genus: unde repulsus vi fuero, aut utrubi fueris, quorumve bonorum.* Interdictum *Unde vi* comparatum est recuperandæ possessionis causa; *Utrubi* retinendæ; *Quorum bonorum* adipiscendæ.

COM-

COMMENTARIUS.

Secunda hæc divisio non complectitur omnia interdicta, sed ea tantùm, quæ ad rem familiarem pertinent, *l. 2. §. ult. hoc tit.* ac proindè tantùm subdivisio quædam est, non secunda totius divisio. Est autem à fine sumpta: nam omnis de possessione rei privatæ controversia eò spectat, ut aut possessionem nunc primùm adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus.

TEXTUS.

De interdictis adipiscendæ.

3. *Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur:* Quorum bonorum; *ejusque vis & potestas hæc est, ut quod ex his bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro hærede, aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro hærede autem possidere videtur, qui putat se hæredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hæreditariam, vel etiam totam hæreditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideò autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primùm conatur adipisci rei possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem, amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

NOTÆ.

3. *Appellatur Quorum bonorum*] A primis verbis interdicti, ut pleraque alia.

Pro hærede aut pro possessore] Quive dolo malo fecit, quominus ita possideat, *leg. 1. eod. leg. 2. Cod. eod.*

Pro hærede possidere, &c.] Vid. *l. 11. cum seqq. de hær. pet.*

Primùm conatur adipisci possessionem] Non enim petitur hoc interdicto, ut res restituantur, quæ aliquando ab hærede possessæ; sed quæ nunquam. Itaque sic restitutorium est, ut sit adipiscendæ possessionis, *d. l. 1. in fin. hoc tit.*

Appellatur Salvianum] *lib. 43.* Pand. *tit. ult.* & 8. *Cod. tit. 9.*

Utitur dominus fundi] Et utiliter quilibet creditor, non modò adversùs debitorem, qui oppigneravit, *leg. 1. Cod. eod.* sed etiam contra quemlibet tertium possessorem. Vves. Affine huic interdicto remedium est actio Serviani, §. 7. *sup. de act.* Sed utiliùs experimur interdicto, propterea quòd interdicto agenti necesse non est probare rem in bonis debitoris fuisse, cùm de pignore convenit, sed tantùm obligatam fuisse. Hotom.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ interdicta adipiscendæ possessionis causa comparata.*
2 *Quorum bonorum, cui, adversùs quem competat, & cui bono comparatum.*
3 *Quis hic dicatur pro hærede, prove possessore possidere: tum cur bonorum possessori petitio hæreditatis non sufficere visa, & in quo illa cum hoc interdicto conveniat.*
4 *Quibus propositum remedium l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.*
5 *Cui, adversùs quos interdictum Salvianum detur.*
6 *Interdicto huic affine remedium actio Serviana: & cur interdicto experiri utiliùs.*

Adipiscendæ possessionis interdicta dicuntur, 1 quæ comparata sunt ad possessionem, quam antea non habuimus, nunc primùm acquirendam: cujus generis duo hic proponuntur & explicantur, interdictum Quorum bonorum, & Salvianum. In eodem genere sunt & interdicta; Quod legatorum; Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est; De tabulis exhibendis; & De glande legenda: quæ extant & explicantur in Pand.

Accommodatur bonorum possessori] Competit hoc interdictum ei, cui ex edicto Prætoris bonorum possessio data est, *l. 1. quor. bon.* uno verbo, 2 hæredi prætorio. Obtinuit tamen, ut etiam iis utique utile detur, qui jure civili hæredes facti sunt, *per l. 1. C. quor. bon. Gloss. comm.* approbata ad *rub. C. eod. Scheneid. hic n. 13. Ant. Fab. C. suo eod. tit. defin. un.* Quamquam hoc displicet Baroni hic Don. *ad d. tit. C. n. 3. Cujac. in par. C. eod.* Sed quid opus est, inquis, hoc interdicto ad novam possessionem adipiscendam, si jam bonorum possessio alicui à Prætore data est? Eo opus est, quòd bonorum illa possessio, quam Prætor tribuit, non corporis, sed juris est: hoc est, Prætor dando bonorum possessionem, tribuit tantùm jus persequendi & retinendi patrimonii defuncti, corporum autem possessionem aut detentionem non tribuit, *l. 4. de bon. poss.* Hæc igitur adhuc restat, atque hoc interdicto petitur, *l. ult. C. quor. bon.*

Appellatur Quorum bonorum] A primis verbis interdicti, ut pleraque alia.

Ut quod ex bonis] Competit hoc interdictum de iis bonis, quæ in hæreditate defuncti, cùm moreretur, fuerunt; atque etiam de iis, quæ ex his bonis usucapta sunt: id enim significant verba interdicti, *Possideresve, si nihil usucaptum esset, l. 1. quor. bon.*

Pro hærede aut possessore] Datur hoc interdictum adversùs duo genera possessorum: primùm adversùs eum, qui pro hærede prove possessore possidet; quod etiam hic expressum est: deinde adver-

adversùs eum, qui dolo malo fecit, quominùs pro hærede prove possessore possideret: quod nominatim adjectum est *in l.2.C. quor. bon.* & comprehensum illis verbis interdicti, *Quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, d. l.1. eod.* Estque hoc omnibus regulis juris consentaneum; *l. parem, l. qui dolo, cum simil. de reg. jur.* Hinc autem intelligimus eum, qui titulo singulari possidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri, sicut nec petitione hæreditatis; *l.7.C. de pet. hær. l.4.C. in quib. ca. cess. long. temp. præscr.* Esset enim iniquum, eum quem dominum esse non constat, sed qui tantùm se hæredem esse dicit, rem auferre ei, qui pro domino bona fide & justo titulo possidet. Ajo, justo titulo: nam titulus injustus aut jure invalidus possessorem non tuetur, quominùs aut interdicto cum eo agi, aut hæreditas ab eo peti possit, *arg. l. nec ullam, 13. §. 1. de hær. petit. Covar. pract. quæst. cap. 12. Cacheran. decis. 56.*

Restituere debeas] Restituendi verbum propriè refertur ad ea quæ à nobis profecta restituuntur. Sed interdum & de his accipitur, quæ nunc primùm nobis præstantur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petit hæres eas res sibi restitui, quas aliquando possedit, sed quas nunquam. Itaque sic restitutorium est, ut tamen sit adipiscendæ possessionis, *l.1. in fin quor. bon.*

3 *Pro hærede*] Is dicitur hoc loco pro hærede possidere, qui se hæredem dicit, cùm non sit, sive sciat se hæredem non esse, sive se esse putet. Pro possessore autem, qui nullam causam possidendi aliam habet, quàm quod possidet; unde & nomen natum, *l.11. cum seqq. de hær. pet.* Putaverit aliquis, hoc interdictum inutile esse & otiosum, propterea quòd hæredibus & bonorum possessoribus aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio scilicet hæreditatis; quippe qua non tantùm corporum possessores, ut interdicto, *l.2. quor. bon.* sed etiam possessores juris & debitores hæreditarii tenentur, si se hæredes esse contendant, *l. 9. l. 13. in fin. l. si debitor. 42. & ibi Bart. de hær. pet.* Sed neque majora onera esse videntur in judicio petitorio quàm in interdicto: nam & qui interdicto experitur, probare debet se hæredem esse; *l.1.C. quor. bon.* Resp. Eadem inter hæc remedia differentia est, quæ inter cætera judicia possessoria & petitoria: nimirum interdictum hoc, utpotè remedium possessorium, non habet longas litis moras, sed brevis in eo est & expedita via ad possessionem adipiscendam. In petitione autem hæreditatis plena de omnibus inquisitio & efficacior probatio requiritur; *d. l. 1. junct. l. judices, C. de jud. add. Afflict. decis. 14. Menoch de adip. poss. rem. 1. num. 97. & seq. Ant. Fab. C. suo tit. quor. bon. defin. unic.* Planè in eo hæc judicia conveniunt, quòd utrumque ad universitatem pertinet, non ad res singulas, *l.1. in pr. de rei vend. l.1. §.1. quor. bon.* idque duplici respectu dicitur. 1. Ratione intentionis actoris, quòd universa bona ad se pertinere dicit. 2. Ratione tituli, quo reus possidet: neutro enim judicio alius tenetur, quàm qui pro hærede vel pro possessore possidet. Cui non obstat, quod dicitur, Petitione hæreditatis teneri etiam, qui rem unam hæreditariam licèt minimam possidet; *l.9. & seq. de hær. pet.* Nam qui vel unam rem hæreditariam pro hærede possidet, is totam hæreditatem & universi juris successionem sibi asserit. Consule *Cacheran de-* 4
cis. 74. Est & aliud remedium possessorium hæredibus propositum, sed scriptis tantùm, constitutione Justiniani; *l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.* quo ille, qui testamentum profert, non laborans conspicuo aliquo vitio, quale est cancellatio, item defectus testium, signorum, subscriptionis, auctoritate Magistratus mittitur in possessionem rerum hæreditariarum, dilata tantisper inquisitione super vitiis occultioribus, puta falsitatis, injustæ exhæredationis, aut præteritionis. Succedenti autem ab intestato hoc remedium non datur: sed nec hæredi instituto testamento nuncupativo, nisi illud in scripturam, ut fieri assolet apud nos, redactum sit, aut petente hærede nuncupato publicatum; de quo *Vigl. in præl. d. leg. ult. Sichard. ibi n.4. & 5. Menoch. de adip. possess. rem. 4. n. 648. & 725. Ant. Fab. Cod. suo ad eundem titul. defin. 3. & 4. Christin. vol. 3. decis. 30.*

Interdictum, quod Salvianum] Salvianum quo- 5
que interdictum adipiscendæ possessionis causa comparatum est. Ait Justinianus; Hoc interdictum dari domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Existimare autem licet, interdictum hoc nominatim conceptum fuisse non tantùm de rebus coloni pro mercede locationis obligatis, sed etiam in ipsum colonum solum, ad hunc modum: *Quod tu illi pro mercede fundi oppignorasti, qua de re agitur, id illi restituas.* Unde adversùs extraneum possessorem licèt titulum & causam à colono habentem non nisi utile interdictum ex productione redditur; *l.1. in pr. de interd. Salv.* Portò ex communi Interp. sententia latiùs hoc interdictum extenditur, & utiliter accommodatur cuilibet creditori: non modò adversùs debitorem, qui oppignoravit; *per l.1. C. de prec. & interd. Salv.* sed etiam contra quemlibet tertium ejus rei possessorem: quamquam adversùs hunc probationem desiderant; nimirum non solùm rem obligatam esse, sed etiam in bonis debitoris, cùm obligaretur, fuisse. *Ang. Ias. & alii in §. Serviana sup. de act. Vvesemb. par. de solu. interd. num. 2. Schneid. hic n. 7. Fach. 8. contrlandv. 92.* Et plerique etiam cẽsent, priùs excutiendum esse principalem debitorem, quàm adversùs extraneum possessorem interdictum intentetur; *arg. Nov. 4. cap. 2. Fachin. ubi sup. cap. 93.*
D. Tulden. ad d. tit. C. n. 3. Divortium à communi 6
sententia facit D. Ant. Merenda *5. cont. 37. & seq.* Affine huic interdicto remedium est actio Serviana; quæ & ipsa primùm locatori de rebus coloni pro pensione fundi obligatis proposita fuit, & postmodùm ad alias causas & species pignoris per interpretationem producta; *d. §. Serviana.* Sed inter hæc remedia, eadem quoque differentia est, cujus ante memini. Utilius est experiri interdicto,

cto, quàm actione Serviana. Nam interdicto, in quo de possessione momentaria tantùm agitur, ad adipiscendam possessionem sufficit probare, rem, de qua agitur, pignori obligatam fuisse; at in actione Serviana, quæ judicii petitorii est, hoc ampliùs probare creditor, contra tertium possessorem agens, debet, rem, quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cùm de pignore convenit; *l. & quæst. 11. §. de pign. l. ante omnia, 23. de probat.* quod fusiùs à me explicatum sub *d. §. Serviane. Vvesemb. d. loc. Menoch. de adip. poss. rem. 3. n. 8. & seqq.*

TEXTUS.

De interdictis retinendæ.

4. *Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta,* Uti possidetis *&* Utrubi *: cùm ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, & antè quæratur, uter ex litigatoribus possideat, & uter petere debeat. Namque nisi antè exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius à possidente petat. Et quia longè commodius est & potius possidere quàm petere; ideò plerumque, & ferè semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidenti in eo est, quòd etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modò actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem* Uti possidetis *de fundi vel ædium possessione contenditur:* Utrubi *verò interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat. Nam* Uti possidetis *interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat; si modò nec vi, nec clam, nec precariò nactus fuerat ab adversario possessionem: etiamsi alium vi expulerat; aut clam arripuerat alienam possessionem; aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret.* Utrubi *verò interdicto is vincebat, qui majore parte anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exæquata est, ut ille vincat & in re soli, & in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precariò ab adversario litis contestatæ tempore detinet.*

NOTÆ.

4. *Ab adversario*] Si verò alter non ab altero, sed ab extraneo possideat licèt vi, clam, aut precariò, nihilominùs prætor possessorem tuetur, *l. 1. §. ult. & l. seq. eod.* Et hoc est, quod dicitur: Etiam vitiosam possessionem adversùs extraneos prodesse solere; *l. ult. de acq. poss.*

Majore parte anni] *l. un. utrubi*, retrorsum numerari. Paul. *5. sent. 6.* εἰς τῷ πλέω ἀναλογοῦμεν. Th. Majore autem parte anni possedisse quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit: si modò adversarius ejus aut paucioribus diebus, aut nullis possederit, *l. 156. de verb. sign.*

Utriusque interdicti potestas exæquata] *d. l. un. §. 1. utrubi*: quem locum apparet à Compositoribus interpolatum esse.

COMMENTARIUS.

1 *Actionem in rem institui non posse, nisi certus sit possessor: & quare.*
2 *Qui fieri possit, ut duo de possessione retinenda litigent, cum duo in solidum eamdem rem possidere nequeant.*
3 *An qui vendicare rem instituit, interdicto adhuc agere possit; & de judicii possessorii cum petitorio cumulatione.*
4 *Vetus differentia inter interdicta Uti possidetis & Utrubi: ejus differentiæ sublatio, tum quid hic jus Canonum, & mores hodierni.*

Retinendæ possessionis gratia ea interdicta comparata dicuntur, per quæ eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus. Cujus generis interdicta sunt *Uti possidetis* & *Utrubi*. Prius est de rebus soli, posterius de rebus mobilibus, *l. 1. uti poss. l. un. de utrubi.* Utriusque causa olim nonnihil dissimilis: nunc & causa & vis eadem, ut si à rebus discesseris, quarum nomine hæc interdicta competunt, unum atque idem videri possit; ut declaratur in calce hujus §.

De proprietate alicujus rei] Hæc interdicta locum habent, cùm de proprietate inter aliquos lis est, & quæritur, uter ex litigatoribus possideat, uter petere debeat; *l. 1. §. 3. uti poss.* ubi Ulp. ait: si inter litigatores contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat; tum ad hæc interdicta remittendos esse.

Nisi exploratum fuerit, utrius possessio sit] Actio in rem institui non potest, nisi certus sit possessor, 1
l. ordinarii 13. Cod. de rei vendic. Nam, ut alibi demonstravimus, ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda sunt; à parte actoris dominium; à parte rei conventi possessio. Quamdiu igitur incertum est, quis possideat, & commodo possessionis frui debeat, judicio petitorio de proprietate locus esse non potest, *l. inter. 62. de jud.* Ubi Ulp. scribit: Inter litigantes de proprietate non aliter litem expediri posse, quàm si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debere, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris

2 toris fungatur. Sed qui fieri potest, ut duo de retinenda possessione litigent, cùm duo in solidum eamdem rem possidere non possint? *l. 3. §. ex contrario 5. de acq. poss.* Nimirum accidere potest, ut duo in speciem videantur possidere, cùm tamen revera unus tantùm possideat. Varii enim sunt actus possessorii, & ex quibusdam eorum usurpatis plures sibi possessionem asserere possunt, ut proinde de qualitate hujusmodi actuum sit cognoscendum, explorandumque, cujus causa potior sit. Alii respondent: Absurdum non esse, ut etiam duo dicantur eamdem rem simul possidere, diverso tamen genere possessionis, puta alter naturaliter, alter civiliter: aut alter justè, alter injustè, *l. 6. §. 1. uti possid.* Quæ & sententia Sabini fuit, *d. l. 3. §. 5. de acq. poss.* cujus vestigia cernimus in *l. 3. pr. uti poss. l. & habet 15. §. eum qui 4. de precar. Cujac. 5. obs. 22.*

Commodum possidendi in eo est] Possessoris multò melior quàm petitoris conditio est: nam possessor non cogitur probare rem ad se pertinere, sed petitori incumbit necessitas probandi rem suam esse, atque in ea probatione, cessante petitore, res apud possessorem remanet, licèt ipse nihil probaverit, *l. 2. Cod. de prob. l. ult. Cod. de rei vendic. l. 4. C. de edend. fac. l. 128. de reg. jur.* Quam ob causam ei, qui destinavit rem petere, hoc consilium dat Jurisconsultus in *l. is qui 24 de rei vend.* Ut videat, num aliquo interdicto nancisci pos-
3 sit possessionem, atque ita onus probationis in adversarium derivare. Quid ergo, si quis non observato hoc consilio Jurisconsulti rem vendicare instituerit, an ob id interdicto agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum, non posse, quasi consilium Jurisconsulti contempserit, & renuntiaverit possessioni. Contraria tamen sententia placuit: quoniam potiùs ex ignorantia & justo errore id factum præsumendum est, quàm animo renuntiandi possessioni aut interdicto, *l. 12. §. 1. de acq. poss.* Similiter qui rem vendicare cœpit, non censetur renuntiasse interdicto *Unde vi*, *l. cum fundum 18. §. 1. de vi & de vi arm.* ubi expressè traditur: Pendente judicio petitorio posse nihilominus interdicto agi: non sanè ut utrumque simul cumuletur, & una sententia terminetur, ut falsè multi existimaverunt decepti *d. l. 12. §. 1. & d. l. 18. §. 1.* sed ut interim dum de possessione cognoscitur, suspendatur & differatur judicium petitorium, *l. ordinarii, C. de rei vend. l. 1. C. de appel. l. 3. C. hoc tit.* quæ verissima præd. ll. sententia est, Joanni & Azoni jam olim probata, à quibus malè major pars secessionem fecit. Et quamvis Bart. in *d. l. 12. §. 1.* aliique citati à Menoch. *retin. poss. rem. 3. n. 511. cum seqq.* & Nic. Tuld. *in annot. ad prax. civ. Damhouderi c. 45. lit. B, cum Martino Glossatore*, excipiant interdictum *Uti possid.* quod & ipsi propter contrarietatem cum judicio petitorio cumulari posse negant: plures tamen Petrum secuti contendunt, omne possessorium cum petitorio concurrere posse, vide Menoch. *d. rem. n. 539. & seqq.* Nic. Tuld. *d. loc.* Fachin. *8. contr. 6.* Diod. Tuld. *com. hic c. 3. & 4.* Christin. *vol. 4. dec.* 130. *n. 3. & seqq. conveniit c. cum dilectus C. de caus. poss. & propr.* Et hanc sententiam usu receptam tradit Christ. *d. loc.* quamquam non in omnibus tribunalibus, *vid. Papon. lib. 8. tit. 12. arrestat. 4. Charond. 4. resp. 28.* Nos hanc quæstionem plenissimè excussimus *lib. 2. selectt. quæst. c. 39.*

Quorum vis ac potestas plurimam differentiam] 4
Nam alia conditione proponebatur interdictum *Uti possidetis* ei, qui rem soli possideret; alia *Utrubi* ei, qui possideret rem mobilem. *Uti possidetis* ad præsens tempus referebatur, *l. 1. §. 2. hoc tit.* id est, interdicti reddiri, hoc modo: *Uti eas ædes, quibus de agitur, possidetis &c. l. 1. in pr. uti possid.* & videtur huic interdicto adjecta fuisse particula *Nunc*: *Uti nunc possidetis eas ædes, &c. l. 3. §. Labeo l. 6. eod.* ad quem modum etiam formulam edicti conceptam apud Ælium Gallum Festus prodidit in verb. *possessio*: *Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, &c. Utrubi* verò in præteritum referebatur, *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, &c.* His jam consequens erat, ut interdicto *Uti possidetis* is vinceret, qui interdicti tempore possidebat: *Utrubi* is, qui majore parte anni possederat; quod explicatur in *l. majore 156. de verb. sign.* add. Paul. *5. sent. 6.*

Nec vi, nec clam, nec precario ab adversario] *l. 1. & pass. uti possid. l. 1. C. eod.* His autem verbis excluditur vitiosa possessio, non quævis; sed quæ vitiosè, id est, vel vi, vel clam, vel precario ab adversario obtinetur: nam si alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licèt vi, aut clam, aut precario, nihilominus Prætor possessorem tuetur, *l. 1. §. ult. & l. seq. eod.* Et hoc est, quod dicitur in *l. ult. de acq. poss.* Etiam vitiosam possessionem adversùs extraneos prodesse solere.

Utriusque interdicti potestas exæquata est] Justiniani tempore utriusque interdicti eadem vis ac potestas erat, ut is utroque vinceret, id est, ei possessio interim adjudicaretur, qui tempore litis contestatæ sine vitio ab adversario possidebat, ut hic declarant Compositores, à quibus probabile est interpolatum esse responsum Ulp. in *l. un. §. 1. de utrubi.* Jure autem Canonico aliud observatur: nam hoc jure ad victoriam in his interdictis obtinendam non sufficit possidere tempore litis contestatæ; sed is obtinet, eique adjudicatur possessio, qui antiquiorem possessionem probaverit, tanquam qui justiorem possessionis causam habeat, *c. licèt, C. de probat.* Eoque jure nunc ferè utimur, ut post alios testantur Damhoud. *prax. civ. 34.* Menoch. *de retin. poss. rem. 3. n. 174. & seqq.* Wesemb. *par. uti poss. n. 5.* & eleganter in not. ad Schneid. *in §. pen. hoc tit.* D. Tulden. *commen. hic cap. 3.* Quòd si æquè obscura sint utriusque litigatoris jura, ut judici non appareat, uter possideat, possessio sequestrari solet, Schneid. *ad d. §. pen. n. 6.* & ibi Wesemb. *in not. Ant. Fab. Cod. sui lib. 8. tit. 3. defin. 1.* Solent autem hodie partes hoc interdicto, quod pragmatici *maintenue*, seu manutenentiam vocant, contendentes petere, ut interim dum de principali lite possessionis co-

gnoscitur, sibi *recedentia* adjudicetur, id est, momentanea aut fiduciaria possessio. *Covar. pr. q. 17. Aufrerius in styll. Parlam. tit. de caus. novit. Massuer. in pract. tit. de possess. Ant. Fab. Cod. sui lib. 8. tit. 4. defin. 1. Formulam conclusionis habes apud Meulam lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2. n. 7.* In multis locis duplici possessorio retinendæ utuntur: quorum alterum plenarium vocant, quoniam plena in eo super possessione cognitio adhibetur: alterum summarium, & summariissimum, quia in hoc tantùm summarim judex cognoscit, uter possideat, quo tempore lis movetur, *vid. Gail. 1. observ. 5. & 2. seqq. Menoch. retin. poss. rem. ultim. Fachin. 8. controvers. 15. Christin. vol. 4. decis. 142. n. 7. & seqq.*

TEXTUS.

De retinenda vel acquirenda possessione.

5. *Possidere autem videtur quisque, non solùm si ipse possideat, sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licèt is ejus juri subjectus non sit, qualis est colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur; Retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quin etiam animo quoque solo retineri possessionem placet, id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius, tamen si non relinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde decesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci verò possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est, quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.*

NOTÆ.

5. *Sed & si ejus nomine*] Qui alieno nomine in possessione sunt, interdicto ad retinendam possessionem experiri non possunt; & meritò, quia non possident, *l. 3. §. 1. uti possid.* Possidere enim est animo & affectu dominantis, ψυχῇ δεσπόζοντος, rem tenere, Th. §. *propen. supr. quas pers. qui acq.*

Deposuerit aut commodaverit] Item per procuratorem, hospitem, amicum, *l. 3. §. 12. l. 9. & seq. l. 30. §. 6. & seqq. d. tit.* per fructuarium, *l. 6. 2. §. de prec.* sed hic propter jus, quod in re habet, in interdictis *Uti possidetis*, & *Unde vi*, pro possessore habetur, *l. ult. uti poss. l. 3. §. 13. & seq. de vi, & de vi arm.*

Animo solo, &c. nemo possit] *l. 3. §. 1. & l. 1. l. 23. de acq. poss.* quippè acquisitio possessionis consistit in apprehensione rei conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi, *l. 1. §. 3. eod.* Animo tamen solo amitti potest, *l. 3. §. 6. l. 17. §. 1. eod.* ideòque τὸ ferè adjectum est *in leg. 153. de reg. jur. ibid.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid propriè sit possidere: & cur etiam fructuario interdicta retinendæ possessionis accommodentur.*
2 *Vetus controversia circa retentionem & amissionem possessionis: quæ à Iustiniano sublata.*
3 *Etiam solo animo possessionem retineri: & quamdiu.*
4 *Indicatur & refutatur insignis DD. error.*
5 *Dejectum non posse interdicto retinendæ agere: qui agit quid probare debeat.*
6 *Ad possessionem acquirendam opus esse & animo acquirendi & simul actu aliquo corporali.*
7 *Amitti possessionem etiam nobis invitis, idque plurifariam.*
8 *Volentibus nobis amitti etiam solo animo.*

QUoniam superiora interdicta solum tuentur possessorem, nec magis ei competunt, qui possessionem semel quæsitam amisit, quàm ei, qui numquam possedit: ideò Justinianus hoc loco obiter ostendere voluit, quis intelligatur possidere, quomodò possessio acquiratur, acquisita quomodò retineatur.

Non solùm si ipse possideat, sed & si ejus nomine] Possidere auctore Theoph. §. *propen. sup. per quas pers. cuiq. acq.* est animo & affectu dominantis, ψυχῇ δεσπόζοντος, rem tenere. Itaque 1
qui alieno nomine in possessione sunt, huc non pertinent, veluti conductor, commodatarius, depositarius, procurator, amicus, hospes, *l. 3. §. 12. l. 9. & seq. l. qui universas 30. §. quod per colonum, & seqq. de acq. poss. l. 6. §. 2. de precar.* Atque ex eo intelligimus: si hi controversiam possessionis patiantur, interdicto ad retinendam possessionem experiri non posse, *l. 3. §. creditores 8. uti possid.* vid. tamen *Menoch. retin. poss. rem. ult. Ioan. à Sande lib. 5. tit. 4. defin. 2.* Fructuarius quoque non magis possidet quàm superiores, §. *idem placet, supr. per quas pers. cuiq. acq. d. l. 6. §. de precar.* Placuit tamen, inter fructuarios interdictum *Uti possidetis* reddendum, itemque inter fructuarium, eumque, qui sibi usum defendat, *leg. ult. uti possid.* Sed non est novum, ut fructuario propter jus, quod in re habet, plus tribuatur quàm aliis, qui possessores non sunt, etsi rem similiter tenent. Nam & fructuario vi dejecto datur interdictum Unde vi, *l. 3. §. unde vi 13. & seq. de vi & de vi arm.* quod argumentum est, eum, licèt non possideat, tamen pro possessore in his interdictis haberi, quamdiu ususfructus perseverat, *Cujac. 9. obs. 33. Don. ad l. unic. C. uti poss. n. 5. Ioan. à Sande d. defin. 2.* In summa verò, possessionis parum interest, utrùm quis justè, an injustè possideat, *l. 3. §. ex contrario 6. de acq. poss.* nam & possessori injusto interdicta retinendæ possessionis dantur, modò ne injustè possideat ab adversario, *l. 1. §. ult. & l. seq. uti possid.*

In

In poss...e sit] Rectè *in possessione*. Nam aliud
longè est possidere, aliud in possessione esse, *l.10.*
§.1. de acq. poss sicut aliud est servire, aliud in ser-
vitute esse; *§. ult. sup. de ingen.* is possidet, cujus
nomine possidetur; qui autem in possessione
sunt, alienæ possessioni præstant ministerium;
l. quod meo 18. pr. de acq. poss.

Retinere possessionem posse aliquem per quemlibet]
Per eos, qui nostro nomine in possessione sunt,
puta per servum, colonum, inquilinum, procura-
torem, &c. possessio nobis retineri potest. Sed nec
illis vita decedentibus possessio amittitur; inque
eo Veteres omnes consentiunt. Hoc amplius Pro-
culus putabat; etiamsi sponte è possessione discef-
sissent, videlicet animo eam derelinquendi, ni-
hilominus possessionem à nobis retineri; *l. cum*
quis 31. de dol. mal. Sabinus contra. Spontanea illa
discessione interpellari. Sabini sententiam secu-
tus est Africanus; *l. si de eo 40. §. 1. de acq. pos.* Sen-
tentiam Proculi Paulus *l. 3. § si quis 8. eod.* Cæte-
rum si alii possessionem tradiderint, possessionem
amitti etiam Paulus concedit; *d. l. 3. §. sed etsi 9.*
quod & apud Julianum relatum est; *l. non solum*
33. §. qui pignori, de usuc. Papinianus hoc amplius:
Discessu eorum possessionem amitti, si alius eam
ingressus fuerit; *l. peregre 44. §. ult. de acq possess.*
Hanc autem Veterum controversiam sustulit Ju-
stinianus *l. ult. C. eod.* ubi generaliter constituit:
Ut sive dereliquerint possessionem, & alius eam
occupaverit: sive possessionem alii prodiderint;
nihil penitùs ex ea re præjudicii dominis generere-
tur. Et quamquam recentiores nonnulli, ut
Cujac. par. C. eod. Don. 5. comm. 12. Ant. Fab. dec. 4.
err. 2. & seq. existimant: Constitutionem illam
non pertinere ad casum, quo in possessione re-
lictus alii eam tradit, quorum sententiam ali-
quando in judicando secuta est Curia Provincia-
lis Frisiæ, teste *D. Ioan. à Sande lib. 5. tit. 4 defin. 1.*
verius tamen est, quòd his Constitutionis verbis
Vel alii prodiderint, tradens æquè ac deserens com-
prehendatur, evincit ratio, quæ mox subjicitur
ne ex aliena malignitate alienum damnum emer-
gat. Quomodò & vulgò Interpretes, quos lau-
dat & sequitur Menoch. *rec. poss. rem. 14. n. 17. &*
seqq. Eleganter D. Joan. Deckher. *lib. 1. diss. 3.*
n. 25. Illud constat, possessionem amitti, si in
possessione relicti vi dejecti fuerint; *l. 1. §. quod*
servus 22. unde vi.

Animo solo retineri possessionem] Etiam solo ani-
mo retineri possessio potest, *l. 4. C. de acq. poss.* Ita-
que licèt corpore quis è fundo exierit; quamdiu
animus amittendæ possessionis abest, possessio re-
bus integris retinetur; *l. 3. sed & si 7. seqq. l. 6.*
in fin. eod. quamvis neque servum, neque colo-
num, &c. in fundo reliquerit; *l. peregre 44. § ult.*
eod. idque ex jure possessio mutuata est, ut plera-
que alia, *l. possessio 49. eod.* & utilitatis causa rece-
ptum, ne testudinis more perpetuò dominos
continere, aut possessionem amittere cogamur.
Enim verò quod dicitur: animo solo possessionem
retineri; id ita temperandum est, si facultas nobis
relicta sit, eam, cùm velimus, iterum corpore ap-
prehendendi: ea autem facultate sublata, etiam
inviti possidere desinimus; *d. l. 3 §. Nerva 13.* Hic
autem locus occasionem Doctoribus præbuit, ut 4
eum, qui discessit, civilem tantùm possessionem
retinere, non autem naturalem existimaverint
sed hanc demum iterum ingresso acquiri. Falsò
ut mihi videtur. Nam hoc proposito, necessariò
sequitur, eum qui fundo egreditur, priorem pos-
sessionem non retinere, sed ea amissa, novam ac-
quirere: & mox regressum, hac iterum amissa re-
cuperare priorem. Quod sanè à ratione nimis
alienum est. Neque possessio, quæ corpore tene-
tur, & ea quæ animo, sunt duæ diversæ species
possessionum, sed una & eadem possessio: unde &
in proposito numquam nova acquiri dicitur, sed
prior retineri. Tantùm modus tenendi & possi-
dendi diversus est; alius jure, alius corpore consi-
stens, *l. nemo 10. C. de acq. poss.* Illud à vero abest 5
quàm longissimè, quod quidam asserunt; Civilem
quam vocant, possessionem retineri, ejusq; bene-
ficio interdictum *Uti possidetis* competere, etiamsi
ab alio possessio vi occupata sit, *Covar pract. q. 17.*
n. 5. & alii citati apud *Christ. vol. 4. dec. 142. n. 4.*
Nam possessio planè amissa intelligitur, quæ no-
bis dejectis aut repulsis, vi ab alio occupata est;
l. 6. §. 1. l. 25. §. ult. de acq. poss. Neque hic animus ad
retinendam possessionem sufficit: quoniam ut
maximè velimus, eam reperere non possumus, *d.*
l. 3. §. Nerva 13. eod. Et ergo si dejectus nullam
prorsùs possessionem habet aut retinet, nec reti-
nendæ possessionis remedio juvari potest; sed ne-
cessarium ei erit interdictum *Unde vi*, quod pos-
sessionis recuperandæ causa comparatum est. Cæ-
terum si vetere possessore non dejecto, & in pos-
sessione adhuc manente, possessio ei minuatur vel
turbetur: seu via ei fiat, quominùs, uti possidet ju-
re, ita plenè possideat; tunc locus est interdicto
Uti possidetis. Vid. *Ioan. Fab. ad pr. §. Menoch. rem.*
ult. retin. poss. n. 17. Christ. d. decis. n. 6. ubi refert:
Non semel supremam Curiam Mechliniensem
censuisse, possessorem actualem esse oportere, qui
interdicto *Uti possidetis* experiri cogitat. In sum-
ma; qui agit interdicto retinendæ possessionis,
duo probare debet, possessionem ex parte sua &
turbationem ex parte adversarii. Turbationem,
inquam, non spoliationem: quia si se diceret spo-
liatum, sibi esset contrarius: ob idque repellen-
dus, & interdicto recuperandæ non retinendæ
possessionis agere deberet, *Ant. Fab. lib. 8. Cod.*
sui, tit. 4. defin. 8.

Secundo libro exposuimus] *Tit. per quas pers. cuiq.*
acq. ubi docuit: Non solùm per nosmetipsos, sed
etiam per eos, quos in potestate habemus, non
minùs possessionem nobis acquiri, quàm pro-
prietatem, adeòque possessionem per extraneam
quoque personam, veluti per procuratorem no-
bis acquiri posse: quod singulare est, & utilitatis
causa receptum; *l. 1. l. 8. de acq. poss.*

Animo solo adipisci possessionem nemo possit] Ac- 6
quisitio possessionis consistit in apprehensione
rei conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi,
d. l. 1. §. 3. de acq. poss. Itaque nec animus solus ad

ea n acquirendam sufficit, nec solo corpore acquiri sine affectione tenendi potest: sed utrumque hic concurrat necesse est, & animus acquirendi, & simul actus aliquis corporalis, *l.3§..1.& 3. l.8. l.cum hæredi 23.eod.* Etsi autem necesse non est, ut opera manuum aut pedum semper interveniat, quæ quidem ratio acquirendæ possessionis maximè naturalis est, & necessaria in iis rebus, quæ ab aliis nobis traduntur, *d.l.1. §.1 .d.l.3.§.3. d.l.23. tot.* semper tamen requiritur actus aliquis præter animum possidendi, qui vice corporalis apprehensionis fungatur, *d. l 1. §.pen. l.quod meo 18.§.2. l.quarumdam 51.eod. l.9. §.item si 6.de acq. rer.dom. l.1.C.de donat.* Falluntur enim, qui hujusmodi casus à regula exceptos putant, quasi hìc nudo animo citra ullum actum corporalem possessio acquiratur, quamvis ita ferè loquantur Jurisconsulti in *d.l.1. § pen. & d.l.51.* Sed illi cùm ita loquuntur, non excludunt omnem actum corporis; sed dumtaxat crassiorem illam apprehensionem, quæ manuum aut pedum opera interveniente fit. Cur igitur placet, possessionem solo animo retineri posse? Quoniam possessio semel quæsita etiam jus possidenti parit, quo retento possessio quoque retinetur. At acquisitio possessionis tota penè facti est. Sed & aliàs quod semel acquisitum est, faciliùs retinetur, quàm initio quid acquiritur. Animo possessionem acquirere non possumus nisi nostro: quippe ut nos velimus, in aliis esse non potest; at corpore etiam alieno, *d.l.3. §.cæterum 12. d. l. quod meo 18. de*
7 *acq. possess. l. ea quæ 53. de acq. rer. dom.* quoniam in iis, quæ corporis ministerio geruntur, nihil interest, nostro corpore, an alieno utamur. Amittendæ possessionis alia ratio est: nam non solùm volentibus, sed etiam invitis nobis possessio amittitur, & invitis plurifariam, veluti si res commercio exempta sit, aut in aliam speciem transformata, *l.quæ universas 30. §.1. & 4. eod.tit.* si ampliùs, cùm velimus, naturalem ejus possessionem nancisci non possumus, *l.3. §.quod Nerva 13. eod.* si locum possessum flumen aut mare occupaverit, *d. l.3. §.Labeo 27.* si prædones prædium invaserint, qui nos dejiciant, aut redeuntes repellant, aut quorum metu territi accedere nolumus, *tot. tit. unde vi l.1.§. si quis 8.l.6. in fin. l.si id quod 25. §.ult. de acq. poss.* si furto aut rapina res mobilis ablata sit, *l.15.* si in flumen deciderit, ut mergeretur, *l.13. eod.* Volentibus autem nobis, uno tantùm modo possessio amittitur, nempè si hoc animo simus, ut nolimus possidere: idque etiam procedit, quamvis corpore, verbi causa, in fundo maneamus, ut constanter à Veteribus traditum est *l.3. §.in amittenda 6. l.si quis 17. §.1. & l.seq. l.peregrè 44. §.2. eod.* Neque obstat huic sententiæ, quod Paulus scribit: Possessionem non amitti nisi eo modo quo acquiritur; seu non amitti nisi animo & corpore, *l.8. eod. l.ferè 153. de reg.jur.* Nam & qui in fundo adhuc manens constituit nolle possidere, is non animo tantùm, sed ob defectum animi corpore quoque possidere desinit. Neque enim dici potest, corpus possidere remoto animo, in quo solo est affectio tenendi. Itaque in amittenda possessione, quod quidem volentibus nobis fiat, semper utrumque in contrarium agitur. *Duar. ad d. leg. 3. §. in amittenda, Donell. libr. 5. comm. c.13.*

TEXTUS.

De interdicto recuperandæ, & affinibus remediis.

6. *Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerat. Nam ei proponitur interdictum* Unde vi, *per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licèt is ab eo, qui vi dejecit, vi, clam, vel precario possideat. Sed ex Constitutionibus sacris (ut supra diximus) si quis rem per vim occupaverit: siquidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur: si aliena, post ejus restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, si sine armis vim fecerit: sin autem armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solùm scuta & gladios & galeas, sed & fustes & lapides significari intelligimus.*

NOTÆ.

6. *Fundi vel ædium*] Hoc interdictum ad res mobiles non pertinet, cùm eo casu sufficiat actio furti aut vi bon. raptorum, *l.1. §.3. & seq. de vi & de vi arm.* quamquam lege Attica pertinebat, ut scribit Suidas in ἐξούλης. 2. & jure Romano ad eas quoque res mobiles pertinet, quas quis eo in loco, unde dejectus est, habuit, *l.1. pr. §.32. & seqq. l.pen. d.tit.*

Ex sacris Constitutionibus] *l.5. l.7. C. unde vi v. sup. §.1. vi bon.rapt.*

Tenetur lege Iulia, &c.] *l.1. §.2. de vi & de vi arm. l.3. §.2. de vi publ. l.5. de vi priv.* De pœna harum legum est *in §.8. inf. de publ.dol.*

Sin autem armis] Vis armata ideò publica habetur, quòd solius Resp. est armis uti.

COMMENTARIUS.

1 *Interdictum* Unde vi *quibus, quarum rerum nomine detur.*
2 *Dejici quis intelligatur.*
3 *Etiam fructuario & usuario hoc interdictum dari.*
4 *Quibus, quo casu ex Constitutione Constantini detur.*
5 *In hoc interdicto vincere etiam eum, qui clam, vi,*

vi, vel precarie ab adversario possidet. Licere autem dejicientem in continenti rursum dejicere. Vestigium juris veteris apud Paulum.

6 *Quatenus Canones hoc interdictum extenderunt: & de remedio* can. Redintegrandæ: *tum quomodò hic apud Batavos procedatur.*

7 *Pœna invasionis ex sacris Constitutionibus, & legibus Italis.*

AD recuperandam possessionem *Unde vi* interdictum proditum est ei, qui vi de possessione dejectus est: quod fusè declaratur ab Ulp. *l.1.*
1 *& l.3. unde vi, & de vi arm.* Pertinet autem hoc interdictum ad eos tantùm, qui de fundo & ædibus dejiciuntur: ad rerum verò mobilium possessionem recuperandam non pertinet: quoniam hîc sufficit actio furti aut vi bonorum raptorum, *d.l.1.§ 3. & seqq.* Idemque est, si quis de nave aut vehiculo dejiciatur, *d. l.1. §.si quis 7.Paul.5.sent.6.* videlicet si navis aut vehiculum simul adducatur: aliàs de jecto injuriarum dumtaxat actio datur. Planè de rebus mobilibus, quas quis eo in loco, unde vi dejectus est, tunc cùm dejiceretur, habuit, placet, etiam hoc interdictum reddi: quia verum est, vi de eo loco dejectum esse, *l.1. pr.§. si fundus 33. & seqq. l. p n. eod.* Et quoniam difficulter à dejecto probari potest, quæ & cujus æstimationis res direptæ, & deperditæ fuerint, cautum est, ut ei de qualitate & æstimatione earum rerum juranti fides habeatur, hoc adjecto, ne liceat ei jurare ultra taxationem factam à judice qui rectè facturus sit, si priùs quàm jusjurandum deferat, pro personarum & negotii qualitate modum statuat, quem jurando non liceat excedere, *l.si quando 9. C. eod.* Hoc interdicto ex Constitutione Justiniani etiam is tenetur, qui rei alienæ vacuam possessionem sciens occupavit, *l ult. C. eod.* cùm jure veteri non aliter hoc casu interdicto locus esset, quàm si reversus dominus ab ingressu prædii prohiberetur, *l.6. in fin. de acq.possess.d.l.1.§. sive autem 24. unde vi. Don. ad d. l.ultim. numer. 8. D.Tuld. ad eumd. tit. Cod. num.4. Menoch. recup. poss. rem.3.*

Dejectus fuerit] Dejici intelligitur is solus, qui
2 possidet: unde & huic soli interdictum *Unde vi*, competit, *d. l.1. §. non alii 45. unde vi.* Et ideò si colonus, inquilinus, procurator, hospes, aut alius, qui nostro nomine in possessione est, dejectus sit, interdicto nos soli experiemur. Nam ut isti non possident, sed nos per eos possidemus: sic iis dejectis, non ipsi dejecti intelliguntur: sed nos, qui per eos possidebamus, *d. l.1.§.quod servus 22. l. ult. eod.* Planè fructuario & usuario etiam hoc
3 interdictum datur, licèt & ipsi non magis quàm superiores possideant, *l.3. §.unde 13. & seqq. eod.* Sed his plus tribui solet, quia emolumentum rei suo jure percipiunt, quàm aliis, qui possessores
4 non sunt, ut demonstratum §. *præced.* Constantinus autem dum vult reprimere eorum audaciam, qui absentia dominorum confidentiores facti dejiciunt eos, qui absentis nomine in possessione sunt, spe impunitatis sibi proposita, eò quòd neque dominus absens subvenire p terat, neque dejecti interdicto agere: ultro omnibus, qui absentis nomine in possessione fuerunt, & inde dejecti sunt, hoc interdicto sive actione ad possessionem recuperandam nomine domini absentis experiri permisit, & quidem nullo expectato domini mandato, cui nihilominus actiones suas integras conservavit; *l.1. C. si per vim vel alium mod. poss. add. Menoch. recup. poss. rem.6.*

Cogitur restituere possessionem) Et præter possessionem occupatam fructus quoque omnemque utilitatem, quæ ad eum, qui dejectus est, venire potuisset, si dejectus non foret, *d. l.1. §. ex die 40. & seq. l. si me 15. unde vi, l.4.C.eod.*

Licèt is ab eo, qui vi dejecerit] In interdicto *Uti possidetis* succumbit, qui ab adversario vel vi, vel clam, vel precario possidet, *§.retinendæ, sup. eod.* In interdicto autem *Unde vi* etiam ille vincit. Nimirum in hoc interdicto visum est, dejectum statim & sine exceptione restituendum esse, ne occasio detur tumultus. Enimverò qui dejectus, non ex intervallo, sed in continenti & fervente adhuc congressu, dejicientem rursus dejecit, is non tenetur hoc interdicto: quia, quod licet, vim vi repulit, *l. 3. §.eum.9. eod.* ac proinde possessio in pristinam causam potiùs reversa, quàm ille vi possidere intelligendus est, *l.qui possessionem 17. eod.* Cujac. Hotom. *hic* Duar. *1. disp. 20.* id, quod hic Justinianus ait, referunt ad vim armatam seu publicam: nam quod ad vim privatam seu quotidianam attinet, existimant, posse me hac vi adhibita eum, qui à me vi, clam, vel precario possidet, impunè etiam ex intervallo dejicere, idque Paulum *lib.5. sent.6.* significare his verbis: *Qui vi, aut clam, aut precario possidet, ab adversario impune dejicitur.* Sed hoc parum convenit menti Justiniani: & hodie sic obtinet auctoritate hujus textus, ut indistinctè vincat hoc interdicto, qui vi quacumque à quocumque dejectus est, *teste D.Menoch. recup.poss. rem.1.n.7.* Jure civili hoc interdicto tantùm tenetur qui dejecit, 6
non alius, qui rem postea possidere cœpit, *l.7. unde vi.* Canones autem id extenderunt etiam adversùs tertium spolii possessorem, dummodò sciat vim factam esse: quoniam hoc ipso se socium delicti facit, *cap.sæpè, de rest.spol.* Qui autem bona fide & justo titulo possessionem nactus est, non tenetur, *Menoch. recup.poss. rem.15.q.13.* Iidem Canones & pinguius remedium possessionis recuperandæ introduxerunt, *can. redintegranda 3. qu. 1.* nempe etiam rei mobilis per vim amissæ. Quod hodie frequens est, & in foro quoque sæculari obtinet. De quo vid. *Menoch. d.rem. Gail.2. obser.75. Mynsi.3. obs.85. Cacheran dec.93. Ant.Fab. Cod. sui lib.8. tit.3. defin.1. & passim, Christin. vol.4. dec. 135. n.17. & seq. item decis. 140. n.4. & seqq. & dec.seq. n.4. & deinceps.* Quomodò apud nos procedatur in causa interdicti *Unde vi* sive *complainte*, ut vocant, docet Merula *lib.4. dist.4. sect. 1. tit.3. cap.5. & sect.3. tit.1. c.2. ex Instruct. Cur. Holland. art.39. & 3.seqq.*

Ex sacris Constitutionibus] Qui violenter possessionem rei apud alium constitutam invasit, is non tantùm tenetur interdicto *Unde vi*; sed alias etiam pœnas sustinet, tum ex sacris Constitutionibus, tum ex legibus Juliis de vi publica & de vi privata. Constitutionibus hæc pœna invasori imponitur, ut si rei dominus est, dominium ejus amittat: si aliena est, cum re alterum tantum vim passo restituat, *l.5. l.7. C. unde vi*. Eademque pœna postea placuit etiam multandos conductores cæterosque alienæ possessionis detentores, qui sine justa causa recusant rem restituere iis, à quibus acceperunt, in eaque recusatione perseverant, donec à judice condemnetur, *l.non abs re.10. C.eod.* de quo plura dixi *sup. ad pr. de locat.*

Ut supra diximus] §. 1. *vi bon. rapt.* ubi didicimus, eamdem quoque pœnam in rebus mobilibus vi ereptis locum habere. Genera quoque violentiæ distinximus: & qua quæque pœna coerceatur, tum à Prætore, tum legibus & Principum Constitutionibus, obiter notavimus *sub rubr. eod.*

Lege Julia de vi] Ne quid per vim admittatur, etiam legibus Juliis de vi publica & de vi privata prospectum est, *l.1. §.2. unde vi*. Lege Julia de vi publica tenetur, qui aliquem armis de possessione expulit, *l.3. §.2. de vi publ.* De vi privata, qui sine armis, *l.5. de vi priv.* Vis armata ideò publica habetur, quòd solius Reipubl. est armis uti. De pœna harum legum est in §. *item lex* 8. *infr. de publ. jud.*

Armorum appellatione] Vid. *l. armorum 41. de verb. sign. l. armatos 9. de vi publ. l. 3. §. 2. unde vi*, *Ciceronem in ea pro Cæcina*.

TEXTUS.

Divisio tertia.

7. *Tertia divisio interdictorum est, quòd aut simplicia sunt, aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria, aut exhibitoria. Nam actor is est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui: reus autem is est, à quo desideratur, ut restituat, aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum Prætor prohibet, in loco sacro, vel in flumine publico, ripave ejus, aliquid fieri. Nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat: reus est, qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti* Uti possidetis *interdictum*, & Utrubi. *Ideò autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est; nec quisquam præcipuè reus, vel actor intelligitur; sed unusquisque tam rei quàm actoris partes sustinet.*

NOTÆ.

7. *Cùm Prætor prohibet, in loco sacro &c.*] Simplicia quoque sunt prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actuque, *d. l.2.*

Ideò duplicia vocantur] Duplicia dicta sunt, quòd in iis uterque sustineat personam duplicem, actoris scil. & rei. Qualia sunt, in quibus verba Prætoris ad utrumque diriguntur, veluti, *Uti possidetis, quò minùs ita possideatis, &c. Uti alter ab altero fruimini, quò minùs ita fruamini*, *l.1. pr. de superfic.*

COMMENTARIUS.

1 *An dentur interdicta duplicia tam recuperandæ quàm adipiscendæ possessionis.*

Tertia hæc divisio sumpta est à personis litigantium. Quædam enim interdicta sunt, in quibus uterque litigator unam tantùm personam sustinet, nempe vel actoris vel rei: qualia sunt, in quibus Prætor singulari numero utens unum tantùm alloquitur, veluti: *Unde vi tu illum dejecisti, eò illum restituas. Ne quid in loco sacro facias, in ve eum locum immittas. Quem liberum dolo malo retines, exhibeas.* Quædam in quibus uterque sustinet personam duplicem, & actoris scilicet & rei: qualia sunt, in quibus verba interdicti ad utrumque dirigit, veluti: *Uti possidetis, quominùs ita possideatis, &c. Uti alter ab altero fruimini, quominùs ita fruamini*, *l.1. in pr. de superfic.* Hinc illa simplicia, hæc duplicia dicta sunt. Extat hæc divisio apud Paulum, *l.2. §. hoc tit.*

Duplicia sunt, veluti Uti possidetis, & Utrubi] 1 Ejusdem generis interdictum est, quod de superficiebus proponitur, *l. 1. pr. & §. 2. de superfic.* Alibi hæc interdicta eodem sensu dicuntur mixta, *l. actionis 37. §. 1. de obl. & act.* Paulus *l.2. hoc tit. in fin.* scribit: Etiam esse quædam interdicta duplicia tam recuperandæ quàm adipiscendæ possessionis. Sed Cujac. *obs. 11.* negat, ullum hujusmodi interdictum dari. Quippe fieri non posse, ut quis simul agat, & ad possessionem jam primùm ad piscendam, & ad amissam recuperandam; hæc enim repugnantia esse, ac proinde verba illa, *Tam recuperandæ quàm adipiscendæ possessionis*, vel transferenda esse *in l. seq.* vel potiùs omnino expungenda. At enim illud fieri potest, ut idem interdictum accommodetur & ei, qui jam primùm possessionem adipisci studet, & illi item, qui de amissa recuperanda sollicitus est: cujusmodi est interdictum, Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est. Nam hoc interdicto tenetur, & qui prohibuit aliquem in possessionem venire, & is à quo quis possessione pulsus est, *l.1. §.3. illo tit.*

Par utriusque litigatoris conditio] Eum tamen actoris partes obtinere in his interdictis plerique censent, qui prior ad judicium provocavit, *arg. l. in tribus 13. de judic.* Idque non tantùm quoad litis ordinationem, sed etiam quoad litis definitionem: ac proinde non probante eo, qui pro-

provocavit, reum absolvi, *DD. comm. in d.l.13. Schneid. hic, n. 5. & ibid. in not. Vresemb. Christ. vol. 4. dec. 142. n. 6.*

TEXTUS.

De ordine & vetere exitu.

8. *De ordine & vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur, (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum: sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*

NOTÆ.

8. *Qualia hodie omnia judicia*] Olim interdicta erant formulæ & conceptiones verborum. Hodie judicia omnia sunt extraordinaria, in quibus formularum conceptio non observatur.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ judicia ordinaria, quæ extraordinaria olim dicta.*

Hic locus à me expositus est *sub pr. hujus tit.* Pro *exitu*, Hotomanno legendum videtur *Ritu*; ut agendi, sive ut nunc loquuntur, procedendi formam intelligamus. Quod non placet: quia tunc bis idem diceret Imp. Nam ordinis appellatione nihil aliud hic significatur quàm situs & modus procedendi. Igitur *De ordine*, id est, de situ & conceptione formularum: *De exitu*, id est, de effectu. Sic exitus actionis, *l. 10. §. 14. quæ in fraud. credit.* exitus controversiæ possessionis, *l. 35. de acquir. possess.* Theophil. περὶ τῆς τάξεως καὶ τοῦ ἀποτελέσματος.

Qualia sunt hodie omnia judicia] Air: Suo tempore judicia omnia extraordinaria fuisse. Ordinaria judicia dicebantur, in quibus ordine & more usitato veterum judiciorum lis agebatur: quo more Prætor aditus non ipse judicabat, sed quibusdam preparatoriis in jure apud eum tractatis, actionem & formulam dabat, missis porrò litigatoribus ad judices pedaneos, qui de re cognoscerent & judicarent. Atque hoc idem etiam in interdictis observari solebat, *l. 1. §. 2. simul. ventr. num.* Exceptæ erant quædam causæ, de quibus ipse Prætor ex officio cognoscere debebat: quod quia præter morem judiciorum ordinarium fiebat & ab ipso Prætore, inde illæ causæ dictæ sunt Prætoriæ & extraordinariæ, *tit. de extraord. cogn.* Postquàm autem vetus ille mos dandorum judicum sublatus est, Magistratibusque injunctum, ut ipsi de causis cognoscant & judicent, *l. 2. C. de ped. jud.* omnes actiones extraordinariæ dici cœperunt: eoque sensu ac respectu puto Justinianum quoque hic dixisse, Judicia omnia nunc extraordinaria esse. Alioqui certè postquàm ordinarium esse cœpit, ut ipsi Magistratus judicent, non possunt judicia, quæ à Magistratibus exercentur, extraordinaria vocari. Rep. *quæ scripsimus ad princ. sup. de actionibus.*

TITULUS XVI.

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

Continuatio.

Cognito jure tum actoris tum rei, non inconveniens Justiniano visum est, aliquid subjungere de pœna, qua coercentur, qui eo jure abutentes, vel temeritate & inconsiderata audacia, vel dolo & malitia, negotium alicui comparant, sive intendendo litem, sive excipiendo.

TEXTUS,

De pœnis in genere.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facilè homines ad litigandum procederent: quod & nobis studio est. Idque eò maximè fieri potest, quòd temeritas tam agentium, quàm eorum, cum quibus agitur, modò pecuniaria pœna, modò jurisjurandi religione, modò infamiæ metu coerceatur.

NOTÆ.

Qui jura sustinebant] Id est, Legumlatores, Magistratus, Jurisperiti, *l. 21. de reb. cred. l. 13. C. de jud. c. 2. C. de sent. & re jud. Svet. in Vesper. cap. 10.*

Modò pecuniaria pœna] Reus in iis causis, quæ inficiando crescunt, *§. 19. 23. & 26. supr. de act.* actor pœna plus petitionis, *§. 33. sup. d. tit.*

Infamiæ metu] Ut in judiciis famosis; *§. 2. inf. eod.* Sed & ὀνειδίξεως infamia sequebatur apud Cyrenæos, Heraclid. *de polit.* Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Causa litium præcidendæ: lites exortæ statim sopiendæ: temerè litigantes coercendi.*

Legislatorem, auctore Platone, in id unicè incumbere oportere, ut civitatem, quoad fieri potest, redigat quasi ad unitatem, hoc est, ad con-

cordiam & unanimitatem. Itaque cùm nulla sit res, quæ concordiam & civium inter se consensum magis turbet, quàm litium multitudo & frequentia: danda opera est, non tantùm ut causæ litium præcidantur, & lites exortę confestim dirimantur: cujus rei ut in legibus ferendis rationem haberet, Regem suum monuit Isocrates; sed etiam ut à litigando homines deterreantur, & pœnarum comminatione tam temerè litigantium confidentia quàm improbè calumniantium malitia compescatur. In hunc finem quoque institutæ fuerunt sponsiones illæ, quibus litigatores se mutuo provocabant, *Ni veram bonamque causam haberent*; quarum frequens mentio apud Ciceronem: tum etiam sacramenta, bonæ fidei & causæ pignora: inter quę & sponsiones quid intersit, ex Varrone, Festo, Asconio docet Hotomannus in Quintiana.

Modò pecuniaria pœna] Temeritas litigandi, & multa pecuniaria, & jurisjurandi & infamiæ metu coercetur. Multam intelligit, si reos spectemus in iis causis, quæ inficiando crescunt, quales sunt, damni injuria dati, depositi miserabilis, pio rum legatorum, Si actores, pœnam plus petitionis, de qua explicatum sub §. *si quis agens, sup. de action.* Jusjurandum autem calumniæ significat; de quo mox dicetur. Infamiæ metu terret litigatores improbos, *διότι τὸ μὲν ἀτιμωθῆναί τινα καὶ στερηθῆναι τοῦ καλῶς πολιτεύεσθαι, ἤτοι καθαρῶς, μέγα καὶ φοβερόν. Theod. Hermopol. ad l. 104. de reg. jur.* Intelligit autem Infamiam ex judiciis famosis. De quibus explicabit inferiùs, §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

De jurejurando & pœna pecuniaria,

1. *Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex Constitutione nostra defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi priùs juraverit, quòd putans se bona instantia uti ad contradicendum pervenit. At adversùs inficiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si damni injuria, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris quàm simpli est actio, veluti furti manifesti, quadrupli, nec manifesti, dupli. Nam ex his & aliis quibusdam causis, sive quis neget, sive fateatur, pluris quàm simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra Constitutione, quòd non calumniandi animo litem movisset; sed existimando, se bonam causam habere. Utriusque etiam partis Advocati jusjurandum subeunt; quod alia nostra Constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt: quæ in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores multabat, quod nusquam factum esse invenimus; sed pro his introductum est & præfatum jusjurandum, & ut improbus litigator & damnum & impensas litis inferre adversario suo cogatur.*

NOTÆ.

1. *Constitutione nostra*] Extat *in l. 2. C. de jurejur. prop. calum. dand.*

Putans se bona instantia uti] Id est, reus jurat, se *δικαίᾳ νομίζων τῇ ἀντιῤῥήσει χρῆσθαι τῇ δίκῃ. Nov. 49. cap. ult.* §. 1. Est igitur instantia, sive *ἔνστασις*, defensio, seu contradictio rei: Instare, *ἐνίστασθαι*, Contradicere, *ἀντιλέγειν*. Th.

Vel tripli] Th. *εἰς τὸ τετραπλοῦν, in quadruplum.* Sed hæc verba *Vel tripli*, & apud Thom. *εἰς τὸ τριπ.* expungenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli vel quadrupli actio est, Cujac. Hotoman. Fabrot.

Actoris quoque calumnia] Jurat actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quòd existimet se bonam causam habere, *d. l. 2. C. de jur. propt. cal.* Hinc apparet, hoc genus jurisjurandi magis esse opinionis quàm assertionis: nec perjurum dici posse, qui non obtinuit.

COMMENTARIUS.

1. *Jusjurandum calumniæ à Justiniano revocatum qui præstent, & quale id sit.*
2. *Jusjurandum Advocatorum & Procuratorum in singulis causis.*
3. *Victum in lite etiam in impensas & damna condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit, & damnandum, etiamsi hæc nominatim petita non fuerint.*
4. *Mores hodierni circa superiora omnia.*

JUsjurandum calumniæ, quod apud Veteres usurpatum, *l. inter cohæredes 44. §. qui familiæ,* 1 *fam. erc.* in desuetudinem postea abiisse videtur. Justinianus revocavit, *l. 2. 6. C. de jurej. propt. cal. dand.* ubi sancit: Ut uterque litigantium in exordio litis juret; primùm actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quòd existimet, se bonam causam habere: deinde reus, se non dolo malo, aut negotii facessendi causa actori contradicere, sed quòd putet, se bona instantia uti, & justè ad inficias ire, *Nov. 49. cap. ult.* §. 1. ubi jubetur reus jurare, se *δικαίᾳ νομίζων τῇ ἀντιῤῥήσει χρῆσθαι τῇ δίκῃ*. Unde apparet, hoc jusjurandum magis esse opinionis quàm assertionis, nec perjurum dici posse, qui non obtinuit, *Perez. ad d. tit. C. n. 3.* Ex Constitutionibus Novellis jurant pariter ambo nihil se prorsùs differendi vel corrumpendi judicii causa fecisse facturosve esse, *Nov. 49. auth. hic Sacramentum, & auth. in isto, C. eod. Nov. 124. c. 1. auth. principales, C. eod.* Pro iis, qui in tutela aut curatione sunt, jurant tutores curatoresve, non pupilli aliive, quorum res geritur. Idemque obti-

ner & in cæteris rerum alienarum legitimis administrationibus; *d.l.2.§.2.& seq. junct. d. auth. principales*. Jurandum autem est apud judicem, qui de causa cognoscit. Cæterùm si vel personæ dignitas, vel sexus verecundia, vel morbus non patiatur litigatorem ad tribunal venire; mittitur aliquis, qui juramentum domi litigantis excipiat præsente adversario ejusve procuratore; *d. Nov. 124. c.1.d.l.2.§.1.C.eod.* Jure Pontificio etiam permissum est, per procuratorem in animam domini jurari; ad quod tamen speciale mandatum exigitur; *c.cùm causam 6. de jur. calum.c.3.§.peu.& ult. eod. in 6.* & hoc modo frequentiùs nomine absentium jurari solet; *Gudelin. lib. 4. de jur.noviss.c.8. in fin. Gail. 1. obs. 83. 88. & seq. Merul. lib.4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. cap. 4.*

Adversùs inficiantes ex quibusdam causis] Et damni injuria dati, depositi miserabilis, & piorum legatorum causa lis inficiatione duplatur, *§. sed furti 26. sup. de act.* ubi hac de re satis copiosè dictum est. Pertinet autem hoc eò, ut intelligamus, jusjurandum calumniæ pœnam hanc pecuniariam non abrogare.

Vel tripli] Hæc verba tollenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli actio est. Sed neque in vetustis codicibus ea reperiri, testantur Cujac. Hotom. Pacius.

Pluris quàm simpli actio est] Ex furti causa lis etiam sine inficiatione pœnam affert. Sed hæc pœna huc non pertinet, quoniam temeritatem litigantis non coercet; voluitque Justinianus tantùm obiter indicare dissimilitudinem causarum.

Utriusque etiam partis advocati] Etiam à patronis causarum seu Advocatis jusjurandum simile superiori & in causa qualibet exigitur; ut scilicet jurent, se integro animo causam clientis sui suscipere, nec falsi patrocinii sibi conscios esse; nullam se operam, nullumque studium in causa clientis sui intermissuros: denique si quid malitiosè aut improbè fingi in ea posteà deprehenderint, ejus se patrocinium protinus omissuros; *l.2.pr. C.de jur. prop.cal. l. rem non novam 14. §.1. C. de judic.* De procuratoribus nihil simile jus civile deposuit: sed jure pontificio cautum, ut non obstante præcedente reorum juramento, procuratores ad exemplum Advocatorum similiter suo nomine jurent, *cap. cum causam 6. de jur. calum. c. 2. eod. in 6.*

Pro veteri calumniæ actione] Fuit vetus quædam calumniæ actio, qua improbi litigatores in partem decimam æstimationis litis expensarum nomine multabantur, *l. ult. C. Germog. de calumniat.* quam hìc abrogat Justinianus, licèt desuetudine jam obliteratam. Eamdem tamen restituit, atque in usum revocare conatus est, *Nov. 112.* hoc etiam addito: Ut cautio decimæ non repromissione, sed satisdatione fieret.

Damnum & impensas] Appendix sententiæ est condemnatio in sumptus & expensas litis. Constitutum namque est: Victum in lite, in expensas quoque & cætera damna victori condemnandum esse, *l. eum quem 79. de jud. l. properandum §. sive autem 6. C. de judic. l. 4. C. de fruct. & lit. expens. Nov. 82. c. 10. & hoc text.* Nec victo prodest ejurasse calumniam: ut enim verè de calumnia juraverit; nihilominus tamen ei imputari potest, quòd temerè adversarium suum in jus vocavit, *d.l. eum quem de judic.* Planè si quis justam causam litigandi habuisse videatur, quod interdum accidit, vel quia res obscura est, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris nata ex discrepantibus Doctorum sententiis: placet, hunc etsi victus est, ab onere expensarum excusari, *d. Nov.82.c.10.auth. post jusjurandum, in fin.C.de jud.* idque judicis religioni & prudentiæ æstimandum relinquitur: neque tam ex jure scripto, quàm ex usu judiciorum peti debet, *conf. DD. in dict. leg. eum quem, de judic. & d. l. properandum, Cod. eod. Covar. pr. qu. 27. num. 5. Viv. lib. 1. opin. 415. Menoch. arbitr. lib. 2. cent. 2. cas. 177. & 1. præsumpt. 35. Gail. 1. obs. 151. & seqq. Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. cap. 13. D. Tulden. comm. hic, c. 3. Christin. vol. 1. decis. 266. & vol. 4. decis. 97. cum ibi citat. Sichard. in d. l. properandum, §. sive autem, & in l. sancimus 13. C. de judic.* Porrò præter impensas in ipsam litem factas, etiam cætera damna adversarii in condemnationem veniunt, ut hìc textus expressè docet: sed intrinseca tantùm, non extrinseca, ut vulgò distinguunt. *Sichard. ad d. l. sancimus, n. 9. & seq. Thessaur. decis. 67.* Quid si victor propriam causam egerit; etiamne hìc salarii ratio habenda? *Vid. Myn. 1. obs. 2. Gail. 151. n. 16. Trentac. 2. præs. tit. de postul. n. 2. Gudelin. c. 13. Christin. vol. 2. dec. 102. n. 1.* Illud etiam tenendum est; quamvis expensæ nominatim petitæ non sint; nihilominus tamen victum causa cognita victori in eas condemnandum esse usque adeò, ut si judex hanc condemnationem omiserit, rem periculi sui faciat; *d.l. properandum §. sive autem d. Nov. 82. c. 10. Nic. Valla de reb. dub. tract. 1. n. 18. Gudelin. cap. 13. vers. cæterum, Sichard. ad d. §. sive autem n.* 18. ubi hanc sententiam in puncto juris veram esse fatetur post *Salic. ibid.* licèt *Bart. & comm. DD.* contrarium teneant. Facta autem impensarum declaratione, judex eas taxare, & super iis juramentum victori deferre debet; *Sichard. in d. §. sive autem nu. 16. Gudelin. d. cap. 13.*

Atque hæc quidem jure scripto sic obtinent; cæterum moribus hodiernis magna ex parte exoleverunt. Nam neque lis ulla nunc inficiatione duplatur, & vix jurisjurandi calumniæ in plerisque tribunalibus usus est. *D. Gudelin. lib. 2. de jur. Nov. cap. 8. in fin. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. cap. 1. Vvesemb. par. de jurejur. num. 9. Christin. volum. 2. decis.* 147. de quo queritur *D. Diod. Tuld. lib. 4. de caus. corrupt. d. cap. 14.* Loquor de juramento calumniæ, quo de hìc agitur, quod in exordio judicii à litigatoribus super tota lite jure communi præstandum est: nam quod interdum postea in parte aliqua litis exigitur, veluti ab eo, qui jusjurandum judiciale defert; *l. jusjurand. 34 §. 4. de jurejur.* id moribus adhuc obtinet; *Vvesemb. d. n. 9.* Sed neq;

Advo-

advocati aut Procuratores ampliùs in singulis causis jusjurandum præstant; verùm semel in universum, cùm designantur, sive ad postulandum agendumve pro aliis admittuntur, *Perez ad tit. C. de eur. propt. cal. Gudelin. d. c. 8. in fin. Merul. d. tit. 8. cap. 3. & 4.* quod tamen jusjurandum quotannis statis temporibus apud nos renovare tenentur, *art. 71. Instr. Cur. Holl.* Jure communi ipsi quoque judices in singulis causis sacramenti religione obstringuntur, ut jurent, se ex vero & legibus judicaturos; *leg. rem non novam. 14. in pr. C. de jud.* Sed & illi hodie unicum tantùm jusjurandum dant in ingressu muneris; quod in causis singulis pro repetito habetur; *arg. auth. hoc sacramentum, C. de jurejur. propt. cal. Voetsemb. ad tit. Cod. de ord. jud. num. 5.* Porrò nec usu hodierno recepta est actio illa decimaria, quam diximus, Justinianum oblitteratam antea & hic repudiatam, posteà in usum revocare studuisse; *Nov. 112. Gudelin. d. lib. 4. c. 13. in fin.* Quæ verò dicta sunt de condemnatione in expensas litis, & cætera damna adversarii; ea ferè hodieque obtinent, nisi quòd victus non aliter in hæc condemnari nunc solet, quàm si petita fuerint, non quòd judex non possit ex officio victori impensas adjudicare, etiamsi petitæ non sint; sed quia, ut *Bart. Bald. & DD. comm. in d. leg. properandum §. sive autem Cod. de judic.* censent, & usus judiciorum recepit, non tenetur. Cæterùm impensæ satis petitæ intelliguntur secundùm plerosque, si libello, ut fieri solet, adjecta sit clausula *Vt super omnibus optimo quoque modo jus & justitia administretur, Gail. 1. obs. 151. Mynsf. 4. obs. 55. Damhoud. prax. civ. cap. 108. & ibi in annot. Nic. Tulden. Merul. d. sect. 3. tit. 1. cap. 2. num. 15. Gudelin. d. cap. 13.* Victor quas fecit impensas libello complectitur, & adversarius quantitatem earum diminuit; ac demum judex vi taxationis in sententia sibi reservatæ, utraque parte audita, modum earum constituit, *art. 95. & seqq. Instruct. Cur. Holl. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 15. & seqq. Gudelin. d. cap. 13. vers. ultim.* Temerarii litigatores apud nos multantur hoc modo. Qui in oppidis aut apud Baillivum & Pares Curiæ litem temere aut intendit aut suscipit, prætereaquam quòd causam amittit, & impensarum damnum sentit, jubetur condemnari in actionibus realibus in summa trium florenorum; in personalibus in vicesimam partem ejus, quod petitum est: ut tamen hæc pœna non excedeat summam sex florenorum. In pagis eadem temeritas coercetur in actionibus realibus pœna unius floreni & decem assium, in personalibus pœna quinquagesimæ æstimationis rei petitæ: quæ tamen pœna non egrediatur summam trium florenorum; *art. 22. ord. Iustit.* Quòd si quis ab inferiore judice ad Curiam provincialem temerè provocet, is jubetur condemnari in florenos triginta; *art. 211. Instruct. Cur. Holland.* & à Curia temerè appellans supremum Senatum in florenos quinquaginta; *art. 232. Instruct. sup. Senat.* quæ pœnæ fisco cedunt, uti superiores officiario; *add. noviss. ampliat. Instruct. Cur. Holl. evit. ann. 1644.*

TEXTUS.

De infamia.

2. *Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt; veluti furti; vi bonorum raptorum; injuriarum; de dolo: item tutelæ; mandati; depositi; directis, non contrariis actionibus: item pro socio, quæ ab utraque parte directa est; & ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus ignominia notatur. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed & pacti: & rectè; plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.*

NOTÆ.

2. *Directis, non contrariis actionibus*] *d. leg. 1.* Nam in contrariis judiciis, de dolo aut perfidia non agitur: sed tantùm de calculo & supputatione ejus, quod contrario judicio agenti abest; *d. leg. 6. §. ult. leg. 5. depos.* Nemo autem notatur, nisi qui ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit; *d. leg. 6. §. ult. d. l. 5. depos.*

Sed & pacti] *d. leg. 1. d. 4 §. ult. d. 1.* Ratio est: quia intelligitur confiteri crimen qui paciscitur; *l. 5. eod.* utique si cum pretio quantocumque pactus sit; non si gratis remissa sit actio. Inhumanum enim esset, veniæ nullum locum dari; *dict. leg. 6. §. 3.*

COMMENTARIUS.

1 *Iudicia civilia ex delicto, quæ, qua conditione concurrente famosa.*
2 *Famosam non esse actionem Quod met. cap. neque interdicta, neque condictiones, quamvis ex famosis causis.*
3 *Ex contractu, quæ, quibus conditionibus concurrentibus judicia famosa.*
4 *Cur non omnia judicia bonæ fidei famosa.*
5 *In actionibus famosis ex delicto etiam pactos infamia notari; in iis, quæ ex contractibus non item: & cur tam variè.*

Pœna infamiæ non tam temeritatis pœna est quàm doli, & certis dumtaxat ex causis judicio civili damnatis infligitur: quales sunt illæ quatuor ex delicto, & totidem ex contractu, quæ hic recensentur. Judicia quidem criminalia & ipsa ut plurimùm famosa sunt; sed ea huc non pertinent.

Veluti furti, &c.] Furti, rapinæ, injuriarum de do-

de dolo malo damnati, edicto notantur infamia; *leg. 1. de his qui not. inf.* Damnatio ea accipienda est, vel à qua non est provocatum, vel quæ confirmata est; *leg. 6. §. 1. eod.* Addit Prætor in edicto: Si damnati sint suo nomine; *leg. 1. leg. 4. §. ult. eod.* Conditio addita propter procuratores, tutores, & curatores, quia alieno nomine conventi, tametsi ipsi condemnentur, infamiæ tamen notam non subeunt; *d. leg. 6. §. 2.* Famosa quoque sunt judicia sepulchri violati; *leg. 1. de sepulchr. viol.* & explicatæ hæreditatis, quod est gravius judicio furti; *leg. si te 12. C. ex quib. ca. infam.* item actio, quæ est adversùs mulierem, quæ ut in possessionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem se adseveravit, cùm prægnans non esset, aut ex alio concepisset; *leg. notatur. 15. cum 4. seq. eod.* Actio autem Quòd metus causa famosa non est; quoniam in hac satis visum quadrupli pœna contumaciam coerceri; *Don. 15. comm. 40.* Sed neque ulla interdicta famosa sunt, quamvis sint ex causa delicti; *leg. neque 13. unde vi.* Postremò nec inter causas famosas ex delicto numeratur damnum injuria datum; nimirum quia etsi ponamus, consultò & malo animo damnum datum esse; tamen quia hoc factum contumeliam conjunctam non habet (alioqui & injuriarum actio competeret) non videtur tam atrocem pœnam mereri; *Hotom. hic.* Illud constat, in condictionibus cessare ignominiam, quamvis ex famosis causis descendant; *l. cessat. 36. de obl. & act.* veluti in condictione furtiva, & actione rerum amotarum; *per l. pen. de cond. furt. l. rerum. 26. de act. rer. amot.*

Tutelæ, mandati, depositi, pro socio] Etiam quatuor hæc judicia ex contractu proficiscentia, tutelæ, mandati, depositi, pro socio, famosa sunt, notanturque his judiciis damnati, si tres hæ conditiones concurrant; si quis suo nomine; si de dolo ac perfidia sua; si directo judicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum causis superioribus communis est; *leg. 1. leg. 4. §. ult. de his, qui not. inf.* Ex qua intelligimus, notari eos solùm, qui suo non qui alieno nomine damnatur; veluti procuratores; tutores; curatores; hæredes. Itaque si quis judicio famoso conventus curet, ut per procuratorem defendatur; hic futurum est, ut & ipse infamiam effugiat; quia non condemnabitur, sed procurator ejus; *leg. 1. Cod. de sent. & inter loc.* neque tamen notetur procurator, quia condemnatur alieno nomine; *d. leg. 6. §. 2.* De hærede quoque idem eodem loco dicitur: nimirum etsi hæres actionibus ex contractu venientibus etiam ob dolum defuncti in solidum teneatur, & lite contestata pœnales quoque ex delicto contra eum transeunt; *leg. 12. leg. omnes 16. ex contractibus 49. de obl. & act. leg. ad eas 157. §. ult. leg. pœnalia 164 cum simil. de reg. jur.* neutro tamen casu ita tenetur, ut damnatus infamiæ notam subeat; cùm non suo nomine, nec ex suo dolo & delicto, sed ex alieno conveniatur. Hodie autem exiguum hæc usum habent, quoniam non ampliùs sententia in procuratorem, sed in dominum dirigitur. *D. Tulden. in tit. Cod. de senat. & interloc. num. 4. Christin. vol. 4. decis. 91. num. 16. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 1. cap. 1.* Neque privata judicia pœnalia habemus, quæ dici possint lite contestata in hæredes transire, nisi forté injuriarum. Illud adhuc manet, quòd licèt successores etiam ob dolum defuncti ex contractibus in solidum teneantur; nunquam tamen ita tenentur, ut damnatos sequatur infamia. Secunda conditio est: Si quis ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit; *leg. 6. §. ult. de his qui not. infamia leg. 5. de pos. §. suspectus 6. de susp. tut.* Neque enim convenit, infamiæ notam cuiquam inuri, qui nihil turpe admisit, sed culpa tantùm imperitiave aut solita negligentia peccavit: quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere potest; *leg. probrum 42. de verb. sing.* Tertia & postrema conditio est: Si quis condemnatus fuerit judicio directo; *d. leg. 1. de his qui not. inf.* Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, sed tantùm de calculo & supputatione ejus, quod contrario judicio agenti abest; *l. leg. 6. §. ult. eodem titul. d. leg. 5. depos.* Hæc autem conditio addita non propter actionem Pro socio; quippe quæ utrinque directa est: sed propter tres reliquas; quarum quædam directæ, quædam contrariæ. Planè in causa mandati interdum etiam contrario judicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia; ut in specie *dict. leg. 6. 2. antep. de his qui not. infam.*

Tutelæ, mandati, depositi, pro socio] Quid ergo? an reliquis bonæ fidei judiciis, puta empti, venditi, locati, conducti, commodati, actione pignoratitia, ob dolum & perfidiam damnati infames non erunt? Et cùm Prætor quatuor illa, quæ hic proponuntur, nominatim exceperit, notaverit; haud dubiè in cæteris integram existimationem servari voluit. Neque verò defuit Prætori sua ratio, cur quatuor illa à cæteris segregaret. Licèt enim in omnibus, qui se malitiosè gerit, fidem ex æquo violet; in solis tamen illis quatuor eam violat specie amicitiæ, quod majoris est improbitatis: nam quod de mandato non ex fide gesto ait M. Tullius *pro Rosc. Amer.* Eo nomine non minùs turpe judicium constitutum esse quàm furti, propterea quòd hæc culpa duas eas sanctissimas violat, amicitiam & fidem; id non magis ad mandati judicium, quàm ad tria reliqua, tutelæ, depositi, pro socio, pertinet; *dd. Coras. 4. misc. 19. Don. 18. comm. 8.* Hodiernis moribus nulla judicia civilia famosa esse dicuntur, & non tam ex causa quàm ex genere pœnæ infamiam irrogari; *vid. Bern. Autumn. confer. ad rubr. Cod. ex quib. caus. infam. Zypæ not. jur. eod. tit. Groenew. d. ll. abrog. hic.*

Sed & pacti] Non solùm damnati ex superioribus delictis, sed & pacti infamia notantur, *d. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf.* Ratio est; quia intelligitur

gitur confiteri crimen qui paciscitur; *l.5.eod.* confessus autem pro judicato est; *l.1.de confess.* Quod tamen ira acceptum est: si quis cum pretio quandocumque pactus sit; non si gratis remissa sit actio: nam inhumanum esset, veniæ nullum locum dari; *l.6.§.3.de his qui not. inf.* In actionibus verò, quæ famosæ sunt ex contractibus, paciscens infamia non notatur: quoniam in his causis non tam turpis est pactio; & potiùs hìc de eo, quod adversarii interest, interposita præsumitur, quàm ex conscientia doli; *l.7.eod.* Atque ad has causas tantùm illud quoque pertinet, quod traditur in *l. si reus 73. de procur.* Reum actione famosa conventum infamiam declinare posse, si tantam pecuniam, quanta petitur, actori solverit; aut eo recusante accipere, si oblatam apud acta deposuerit; quamquam DD. vulgò hoc etiam ad causas famosas ex delicto referunt. Vid. quæ notamus sup. §. *in summa de injur.*

TEXTUS.

De in jus vocando.

3. *Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua Prætor edicit de in jus vocando. Utique enim in primis adversarius in jus vocandus est, id est, ad eum vocandus, qui jus dicturus sit. Qua parte Prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisque patronorum & patronarum hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quàm si id ab ipso Prætore postulaverint, & impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.*

NOTÆ.

3. *Actionum instituendarum*] In jus vocatio principium est judicii instituendi, & prima ordinis judiciarii pars, *leg. 1.C. de exc. rei judic.*

Parentibus & patronis] *leg. 4. cum seqq. de in jus voc. §.12. sup. de act.* Macrob. *7. Saturn. 5. Ab auctoritate vestra tamquam ab edicto Prætoris impetrata venia.*

Solidorum quinquaginta] *leg. pen. d. t.* Quòd si libertus inopia laboret, à Præfecto urbis quasi inofficiosus castigatur, *leg. ult. eod.* Unde vulgò dici solet: *Qui non habet in ære, luat in pelle.*

COMMENTARIUS.

1 *Partes processus judiciarii.*
2 *An in jus vocatio pars sit judicii.*
3 *Effecta in jus vocationis.*
4 *Omissa in jus vocatione, nihil cognosci aut statui posse.*
5 *Quid intersit inter citare, & in jus vocare.*

CONCLUDITUR hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia, quæ hactenus dicta sunt, pertinent; doceturque, actionem omnem instituendam esse apud Magistratum, cujus de ea re jurisdictio est, vocato priùs ad eum adversario.

Actionum instituendarum principium] Processus judiciarii partes sunt quatuor; quarum ordinem & progressum natura ipsa ostendit, & eleganter expresserunt *Impp. in l. 1. C. de except. rei jud.* in jus vocatio; litis contestatio; causæ cognitio; sententia. Additur & quinta; sententiæ executio; quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, secerni potest. Prima ordinis judiciarii pars est in jus vocatio: ab ea enim, ut hìc dicitur, omnium actionum instituendarum initium proficiscitur. Quidam & judicii partem esse contendunt: sed hoc alii & plures negant; quoniam judicium non antè cœptum dicitur, quàm lis est contestata; *l. un. Cod. de lit. contest. amplius 15. ratam rem hab. Gail. 2. obs. 48. & 74. Vresemb. par. de jud. num. 6. Christin. vol.2. decis. 149. num. 12. & decis. 155. num. 9.* Dissidium non difficile compositu. Nam aut vocem judicii latiùs accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima; *Vresemb. ad rubr. Cod. de jud. num. 19. Cagnol. ad rubr. C. de edend. num. 21. & 24.* aut pressiùs, ut ea tantùm contineat, quæ olim apud judices pedaneos expediebantur; nempè pro progressu judicii à lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet; *Marant. spec. aur. p. 5. nu. 2.* Priore sensu non minùs in jus vocatio propriè & verè pars judicii est quàm litis contestatio, &c. Posteriore propriè judicii pars non est, quamquam nihil vetat, partem judicii etiam propriè dicti vocare id principium, quod judicium ita antecedit, ut sine eo ad illud non perveniatur. Unde etiam qui partem esse judicii negant, eam vocant principium, basim & fundamentum processus, *Gail. d. obs. 48. & dict. obs. 74. n. 1.* Effecta in jus vocationis hæc ferè sunt. 1. Ut si quis posteà quàm in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus; *l.7. de judic.* 2. Quod perpetuat jurisdictionem judicis delegati, hoc est: ucis delegante post propositum citationis edictum mortuo, nihilominus in causa procedere possit & debeat, *c. gratum 20. de off. de leg.* 3. Quòd post citationem in actionibus in rem res, de qua agitur, litigiosa esse incipit, *auth. litigiosa, C. de litigios. vid. Covar. pract. qu. 15. num. 6.*

In primis adversarius in jus vocandus est] Qui judicio cum aliquo contendere constituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, eique actionem edere, quo is secum interim deliberet, utrùm cedere velit, an judicio contendere & si contendendum putet, ut veniat instructus, *l.1. de edend. auth. offeratur. C. de lit. cont.* Unde intelli-

te'ligimus: hunc actum omnino necessarium esse; eoque omisso, nihil cognosci, nihil statui posse & si contra factum fit, id pro infecto habendum nec rei judicatæ auctoritatem obtinere; *facit l. 4. C. de sent. & interloc.* & meritò: quoniam sic deficit una ex personis, quæ ad constitutionem judicii necessariò requiruntur: neque judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis est. *Clem. pastoralis de re jud. Pet. Greg. 48. syntag. 2. n. 28. Dambond. prax. civ. c. 54. n. 3. Gail. obs. 48. & de pac. publ. 5. n. 6. Merul. l. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. c. 1. Christ. vol. 2. dec. 89.*

Qui jus dicturus sit] In jus vocare est ad eum vocare, qui jus dicturus est, juris experiundi gratia: *l. 1. de in jus voc. & hoc text.* Judicem igitur, ad quem vocatio fit, oportet aut tribunali præesse, aut aliam jurisdictionem habere. Ad eum, qui nudam dumtaxat notionem habet, hoc est, ad judicem pedaneum vocatus, impunè non parebit; *l. 3. §. 1. ne vis fiat ei, qui in jus voc.* Additur in *d. l. 1. Juris experiundi causa*; qui finis est vocationis. Non enim vocatur quisquam in jus nisi ea gratia, ut cum eo liceat jure judicioque experiri, sive agere de re, quæ in judicium vocatur. In jus vocatio vulgò nunc citatio appellatur, & promiscuus etiam horum verborum usus est in Constitutionibus Justiniani, contra quàm Veteres qui verbo *Citare* numquam utuntur pro in jus vocare. Sanè verbi *Citandi* latior etiam nunc usus est, quàm In jus vocandi: quippe citationi locus est etiam post cœptum judicium, & in quavis parte judicii; veluti cùm quis citatur ad audiendam sententiam, ad videndum jurare testes, &c. cùm in jus vocatio de prima illa citatione, quæ judicium præcedit, dicatur dumtaxat. Quomodò nunc citatio seu in jus vocatio fieri soleat; quibus partibus constet; & quam vim habeat; cognosces ex *Merul. lib. 2. tit. 1. & lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. c. 1. & seq. Gail. 1. obs. 48. & seq. & obs. 74. n. 16. & seq. Mynf. 6. ob. 19. Christ. vol. 2. dec. 89.*

Parentibus & patronis] Hac de re copiosè explicatum est sub §. *pœnales 12. sup. de actionib.*

TITULUS XVII.

DE OFFICIO JUDICIS.

Continuatio. Quid sit litis contestatio. An ea à parte rei aliquando per affirmationem aut confessionem inducatur; ejus effecta; & quibus in causis non necessaria.

SI is, qui in jus vocatus est, negat quod intenditur, & cum actore paratus sit contendere; negatio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & à veteri ritu testationis in lite instituenda Litis contestatio dicitur; de quo ritu vid. *Pet. Fab. 2. semestr. 24. Revard. pro tribunal. 11. Cujac. 9. obs. 21.* Per litis contestationem potestas fit judici de re cognoscendi & judicandi; antè nihil cognosci, aut definiri potest; *Nov. 53. c. 4. tot. tit. C. ut lit. non contr. proc.* Eaque sic rectè nunc definietur: (nam vetus contestatio lata est, licèt nomen manserit) negotii hinc inde apud judicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eam rei conventi responsionem per contradictionem; *l. un. C. de lit. cont. l. rem non novam. 14. §. 1. C. de judic. leg. 2. C. de jurejur. propt. calum.* Enimverò non quælibet petitio actoris & responsio seu contradictio rei litis contestationem inducit; sed distincta, & quæ statum causæ judici demonstrat. Cùmque lis esse non possit, nisi unus affirmet, alter neget; apparet, litis contestationem non fieri, nisi quemadmodum definivi, per contradictionem ejus quod petitur; ac proinde ex parte rei non nisi negativè; *d. leg. 14. §. 1. C. de judic. Vigel. de lit. contest. cap. 1. Obrecht. c. 2. n. 16. & seq. D. Perez ad tit. C. eod. n. 3. & 4.* Et malè igitur Gloss. in *cap. un. Cod. eod. Sichard. in rubr. Cod. eod. n. 9. Merul. lib. 4. distin. 4. sect. 3. tit. 6. cap. 1.* statuunt: Etiam per confessionem rei litis contestationem induci; eum qui hosti se dedit, certare dici non posse. Lite contestata, (*soo haest de gedaegde geantvvoordt haeft, ende tenclusie genomen dat den impetrant si inen eysch ende conclusie salzijn ontseydt*) judicium constitutum esse intelligitur; *d. l. un. C. de lit. cont. l. 15. rat. rem hab. l. litis 35. de usur. junct. l. 1. Cod. de jud.* Est enim litis contestatio, ut dictum est superiore titulo, prima judicii pars, si vocem judicii propriè & strictè accipimus; & à DD. appellatur judicii principium formale; cujus effecta congesserunt, *Gail. 1. obs. 76. & 2. seqq. Merul. d. tit. 6. c. 2. Perez in C. d. tit. Cont. num. 8. & D. Tuld. ib. n. 3.* Sunt autem ferè hæc. 1. Per litis contestationem statim res subjicitur cognitioni judicis. 2. Actiones omnes, quæ aliàs tempore aut more peritutæ essent, semel judicio inclusæ salvæ permanent, *§. 1. sup. de perp. & tem. act. l. omnes 26. leg. sciendum 58. de obl. & act. leg nemo 87. leg. omnes 139. de reg. jur.* 3. Actiones, quæ aliàs triginta annorum spatio circumscriptæ, post litis contestationem omissæ, intra quadraginta annos repeti possunt, *l. ult. C. de præscr. trig. ann. l. 1 §. 1. C. de ann. exc.* 4. Litis contestatio inducit præstationem fructuum in strictis judiciis, quibus agitur ad consequendum quod nostrum non fuit, *l.*

videa-

videamus 38. §. *si autem 7. de usur.* s. Excludit exceptiones dilatorias; *leg. pen. & ult. C. de exc.* & in universum actoris conditionem meliorem facit; *leg. non solet. 86. cum l. seq. de reg. jur.* 6. Litigatores in eodem judicio retinet; *leg. ubi acceptum 30. de judic.* & retinet in conjuncto, ne causæ continentia dividatur; *leg. nulli 10. d. tit.* adeòque actorem petitioni mutuæ (reconventionem vocant pragmatici) obnoxium reddit, *l. qui non cogitur 22. eod. tit. l. 14. & auth. & consequenter C. de senten. & interloc.* Illud omnes passim notant: omissa litis contestatione processum vitiari, quamquam sont quædam causæ, quæ contestationem non desiderant, quales sunt causæ appellationis, summariæ, notoriæ, & ubi periculum in mora; *Mynf. 1. obs. 1. & 38. & 3. obs. 74. Gail. d. loc. Merul. d. tit. 6. cap. 2. Christin. vol. 2. dec. 155. nu. 2.* Constituto sic per litis contestationem judicio, statim res ad cognitionem judicis pertinere incipit, de cujus officio porrò videndum.

TEXTUS.

De officio judicis in genere.

Superest, ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quàm legibus aut Constitutionibus aut moribus proditum est.

NOTÆ.

De officio judicis] Aliud Veteribus est officium jus dicentis; aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, cui cohæret potestas exequendi, quæ mixtum imperium nostris dicitur; *leg. 1. in fin. leg. ult. §. 1. de off. ejus mand. jurisd. leg. 3. de jurisd.* alterum nudæ notionis, causæ cognitione & sententiæ dicendæ potestate circumscriptum; *leg. 5. leg. 15. l. 55. de re jud.*

Nec aliter, quàm legibus] *leg. 13. C. de sent. & interloc. auth. jubemur. C. de judic.* Quippe judex legum minister, non arbiter est. Augustin. *c. 3. dist. 4. Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum est. Et Nov. 126. capit.* jubentur judices νόμοις ἑπομένους τὰς ψήφους φέρειν; *Legibus cognitam edere sententiam*, in quas jurabant Athenis & Romæ.

Aut Constitutionibus] Sententia, quæ expressim lata est contra legum, Constitutionum, morumve præscripta, adeò inutilis est, ut ne appellatio quidem necessaria, *leg. 19. de appell. leg. 1. §. 2. quæ sent. sin. prov. l. 2. C. quand. prov. non est nec.*

COMMENTARIUS.

1 *Aliud esse officium jus dicentis; aliud judicis: illi respondere quod vulgò vocatur officium judicis nobile: huic, quod mercenarium: & in quibus hæc consistant.*

2 *Causæ cognitio quid & quibus in rebus consistat.*

3 *Officium judicis in judicando quale.*

4 *Quæ sententiæ nullius momenti: quæ item, licet injustæ, valeant, nisi provocetur: & quid circa hæc in Belgio.*

5 *Utrùm judex secundùm conscientiam suam, an secundùm acta & probata judicare debeat.*

6 *Omnes judices etiam supremos secundùm leges & mores judicare debere: & secundùm quæ jura judicetur in his provinciis.*

ALiud est Veteribus officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, alterum nudæ notionis. Illud interpretes vulgò officium judicis nobile vocant, hoc mercenarium, verbis magis quàm sensu inconcinno. Ad officium jus dicentis hæc pertinent: minores facilitate sua læsos in integrum restituere; *l. 1. §. 1. de minor.* bonorum possessionem dare; in possessionem mittere; pupillis minoribus tutores curatoresve non habentibus constituere; judices litigantibus dare; jubere cavere prætoria stipulatione; *leg. 1. leg. 4. de jurisd.* sententiam judicum à se datorum exequi; *leg. à Divo 15. de re jud.* multam dicere; pignora capere; *l. 1. si quis jus dic. non obtemp. leg. 4. §. 2. de damn. inf.* Sic hodie cùm magistratus, non servato judicii ordine, reum nec auditum ad solius actoris supplicationem jubet supersedere facto aliquo, puta cæsione sylvæ, cultione agri, &c. id que sub pœna, addita clausula, quæ & necessariò addenda, Ut si gravatum se sentiat mandato pœnali, certo die veniat se defensurus; quo veniente mandatum illud resolvitur in simplicem citationem: hoc item proficiscitur ab auctoritate prætoria & officio judicis nobili; *Oldend. in præfat. Class. C. de off. jud. D. Tuld. hic c. 1.* Ad officium judicis pertinet, causam cognoscere; *l. 9. C. de jud.* dare & moderari dilationes; *l. 7. de fer. & dilat.* jubere cavere stipulatione judiciali; *§. 1. supr. de vid. stip.* denique de re cognita pronunciare: nam & sententiæ officio judicis, quod mercenarium vocant, pronuntiantur tam super re principali, quàm super usuris, fructibus, sumptibus litis, aliisque accessionibus; *l. de qua re 70. de judic. leg. qui per col lusionem 49. §. ult. de act. emp.* dicta autem semel sententia, cessant partes judicis, & succedunt Magistratus; *l. judex 55. de re jud.* Igitur ad officium judicis duo hæc maximè spectant; causæ cognitio, & judicatio. Causæ cognitio, quæ & disquisitio, & examen, & disceptatio, est corpus & substantia judicii; nec ullus potentior judicii defectus; *Vestr. 3. pr. aul. Rom. c. 2. n. 7. & Gravat. ad Vestr. ibid.* Consistit autem in his rebus; ut judex negotii veritatem examinet, deinde & justitiam; quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus; *l. 3. de in ins.* Cognoscitur autem causa ex iis quæ à litigatoribus allegantur probanturque. Primò igitur litigatores audiendi; inde expendenda,

da, quæ ad probationem afferuntur; neque id perfunctoriè ac summatim, ut interdum fit, cùm de re aliqua non ex professo agitur, sed dumtaxat per occasionem, ubi judex præsentem probationem sequens, id quod contra affertur, si altiorem quæstionem habet, in aliud tempus rejicere solet; *leg. 3. §. 4. de Carb. edict. leg. 15. §. 4. de re jud.* (Consule de causis summarii judicii & perfunctoriæ cognitionis, Vestrium *pract. aul. Rom. lib. 5. cap. 1. & seqq. Damhoud. prax. civ. cap. 22. & seqq. Mynf. 3. obs. 79. & 6. observ. 16.*) verùm ut in justo judicio, adhibita plena & justa inquisitione. Est autem plena & justa inquisitio ac cognitio, cùm judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris & defensionem rei pertinentia afferuntur, quæque judicii natura non repudiat, prætermittit, quin audiat cognoscatque; *leg. 9. Cod. de judic. & ib. DD.* Causa sic disceptata ac cognita; superest, ut judex, qui de re cognovit, etiam judicet seu sententiam ferat; *leg. de qua 74. de judic.* in qua ferenda quid pro officio observare debeat, docet deinceps Justinianus.

Nec aliter judicet, quàm legibus] Judici permissum non est, quo velit modo, ita judicare: quippe qui legum minister, non arbiter est. Sed cavere debet, ne aliter judicet, quàm legibus aut moribus est proditum; *hoc text. l. nemo 13. C. de sen. & interloc. auth. jubemus C. de judic. Nov. 126. cap. 1.* ubi jubentur judices νόμοις ἐγνωσμένην ἀποφῆναι ψῆφον: Legibus cognitam edere sententiam. Cui consentaneum est, quod Principes humanæ sapientiæ Plato & Aristot. non uno loco tradiderunt: Judicem legibus alligatum esse oportere. Et illud Augustini *c. 3. dist. 4. Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundùm ipsas judicandum.* Potest sanè judex verba legis, si duriora videantur, æquitate quadam flectere, ut voluntatem legislatoris conservet: quinimò id facere jubetur; *leg. benignius 18. de legib.* atque in re omni æquitatis potiùs quàm stricti juris rationem habere; *l. 8. C. de judic. Scriptum sequi*, ait M. Tullius *in ea pro Cæcin. Calumniatoris est: boni judicis, scriptoris voluntatem auctoritatemque defendere.* At enim verò si & ipsa legis verba & simul mens legislatoris perspicua sint, quamvis à generali illa æquitate, quæ communiter in omni leg. inesse putatur, dissideant; cujus rei exemplum habemus in *leg. prospexit qui & à quib. man.* hìc judex non potest prætextu æquitatis à verbis legis recedere, ne simul faciat contra legis sententiam; nec tam interpretetur legem, quàm tollat: quod solius est Principis, hoc est ejus, cujus est & legem condere; *l. 1. l. ult. C. de legib. Gudelin. lib. 5. de jur. nov. c. 2.* Sententia contra formam juris lata, nullius momenti est: veluti quæ causa non cognita; aut non publicè & palam ac more majorum; aut non præsentibus iis, inter quos res agitur, dicta; *tit. C. quam. & quand. Iud.* quæ ex scripto recitata non est; *C. de sent. & brev. sc. rec.* quæ absolutionem aut condemnationem non continet: *l. 3. C. de sent. & inter l.* quæ sine certa quantitate prolata; *C. de sent. quæ sine cert. quant.* quæ lata est contra rem judicatam, à qua provocatum non est; *l. 1. Cod. quand. prov. non est nec.* quæ expressim contra leges, Senatusconsulta, aut Constitutiones, data; *l. si expressim. 19. de appell. leg. 1. § 2. quæ sent. sin. app. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* & si quæ sunt similes. Cùmque hujusmodi sententiæ auctoritatem judicati non habeant, etiam sine appellatione causa denuo induci potest; *d. l.* Sed quid si horum nihil objici possit; & tamen sententia injusta dicatur? Placet, sententiam valere, & standum esse rei judicatæ, si appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum constituta; *l. præses 27. l. cum prolatis 32. de jud. d. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* usque adeò, ut nec rescriptum Principis contra sententiam recipiatur; *l. ult. C. de sent. resc.* Verùm hoc ita est, si nihil amplius proponatur, quàm sententiam in hypothesi injustam esse; quia de jure litigatoris judex pronuntians eum condemnavit, quem absolvere debebat, aut contra. Ut ecce. Actor centum nomine sortis & viginti usurarum nomine petit: reus negat, usuras usurarum à se peti posse ex Constitutionibus; judex reum in eam quantitatem, quæ petita est, condemnat, existimans, eas Constitutiones nihil ad rem facere, quamvis judex id imperitè & injustè faciat; rei tamen judicatæ standum esse responsum est; *d. l. præses junct. d. l. cum prolatis de re jud.* Diversa causa est, si pronuntiasset, usuras usurarum peti posse: tunc enim unà cum reo Constitutiones ipsas damnaret; qualis sententia cùm non solùm ἄδικος sit, sed etiam ἄθεσμος, de lege ipsa & contra eam directò lata ipso jure nulla est; & ideò nec provocationis auxilium in hac specie necessarium, *d. l. expressim. 19. de app. d. l. 1. §. 2. quæ sent. sin. app.* ubi & aliud exemplum habes ad utramq; partem hujus distinctionis accommodatum, *d. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* ubi item exemplum aliud. Adi de tota hac re *Vant. de null. ex defect. proc. n. 118. & num. 122. & seq. Zas. Duar. & DD. in d. l. præses de re jud.* ubi rectè observant, verba *condemnavit contra leges & sacras Constitutiones*, non esse judicis pronunciantis, sed Jurisconsulti casum referentis. *Add. d. Christin. vol. 4. dec. 117.* ubi post D. Leonin. *cons. 3. n. 7.* notat *rubr. C. quand. prov. non est nec.* in hisce partibus non observari, sed appellationem necessariam esse, etiam cùm sententia ipso jure nulla est, uti & moribus Gallorum ut idem eodem loco & *vol. 1. dec. 16. n. 6.* ex Imbert. Rebuff. Bugion, & aliis refert. Rectiùs videtur dicere D. D. od. Tuld. ad *d. tit. C. in fin.* Sententias judicum in regionibus ipso jure irritas aut nullas non esse. Et igitur in statu juridiciali seu quæstione juris, quod judicem sequi oporteat, in medio positum est: si quidem ex jure, quod certum est, & notum ei esse debet, sententiam feret, tametsi è litigatoribus aut eorum advocatis non allegetur aut probetur, *l. un. C. ut quæ desf. adv. jud. supp. & ibi DD.* In statu autem conjecturali, seu cùm de facto ambigitur, plus difficultatis res habet.

habet. Nam cùm facta plerumque incerta sint, probationibus eruenda veritas, & secundùm acta & probata judicandum; *leg. 6. §. 1. de off. præs.* Proin reus convictus condemnandus; non convictus, etsi ipse nihil præstiterit, absolvendus; *leg. 4. C. de edend. leg. 9. C. de obl. & act.* nec quod deest in facto judex supplebit; arg. *d. l. un. Cod. ne quæ def. avoc. ubi Glossa & DD.* nisi factum actis contineatur; puta exceptio aliqua, quæ non fuit allegata, ex instrumento, quo probatur obligatio & actio, apparet; *Ranchin. in not. ad Guid. Pap. q. 221. Christin. vol. 2. decis. 165. n. 1.* Quoniam autem judex in judicando sequi jubetur rerum probatarum fidem; *d. l. 6. §. 1. de offic. præs.* plerique censuerunt, etiamsi liquidò judici constet, falsitate aliqua vel testium vel instrumentorum bonam causam lædi; tamen secundùm acta & probata, ut loquuntur, eum judicare debere, non secundùm privatam scientiam; adeòque in foro animæ excusatum esse, qui secundùm probata eum, quem scit esse innocentem, condemnat, Canonistæ in *c. Pastoralis 28. §. quia verò, Cod. de offic. de leg. Cyn. in l. un. C. ut quæ def. adv. Covar. 1. res. 1. Clar. lib. 5. §. fin. pr. crimin. q. 66. n. 2. Cacher in dec. 79. n. 43. & seqq. Christin. vol. 2. decis. 148. n. 21. & vol. 1. dec. 4.* ubi plures citantur. Mihi verò longè tutius videtur, ut dicamus, ita ex actis & probatis judicem judicare debere, ut tamen numquam judicet contra conscientiam. Etenim jubetur judex judicare secundùm ea, quæ probantur. At qui hoc facit, non potest non judicare secundùm conscientiam. Quippe probare, Latinis est fidem facere. Cui autem fides facienda, nisi judici? Huic enim eorum, quæ allegantur, examen mandatum est; & ita mandatum, ut ex animi sui sententia æstimare eum oporteat, quod aut credat, aut parum probatum sibi opinetur; *l. 3. de testibus* & prout religio suggerit sententiam proferre; *l. eum quem. 79. §. de judic.* Jam verò si ea, quæ allegantur, pugnent cum scientia judicis; fidem judici facere non poterunt, cùm falsa sint, & religione metuque justissimi Numinis prohibebitur secundùm ea judicare. Una enim & simplex est veritas, ac proinde dividi conscientia aut scientia judicis in publicam aut privatam non debet. Neque obstat *d. l. 6. §. 1. de off. præs.* Nam & ibi jubetur Præses, non tam instrumentis, quæ vitiosa & falsa esse possunt, quàm rei veritate, quæ ex iis quæ probantur perspicitur, moveri. Itaque arbitror, & divino & humano juri consentaneum esse, ut judex in quæstione facti ex animi sui sententia, religione & conscientia pronuntiet, veritatemque afferat, spretis testimoniis; quamvis ille solus falsa ea esse sciat: maximè si talis est judex, ut ab eo nulla fit provocatio, nec veritatis nisi in fide illius ullum præsidium. Sin verò is judex est, à quo provocari potest; satius est, eum à judicando abstinere, & testimonio suo, quantum in se est, causam ejus, cui injuria fit, apud judicem superiorem adjuvare: ne temerè publica testimoniorum spernatur auctoritas, aut fenestra aperiatur pravis hominibus passim gratificandi cui velint, obtentuque ac colore scientiæ aut conscientiæ id ipsum excusandi aut defendendi. Consent. *ferè Coras. 4 misc. 20. Hotom. illustr. q. 27. D. Tulden. 3. de princ. jurispr. 6. & in comm. hic cap. 3.* eòque etiam inclinare videtur *Costal. ad d. leg. 6 §. 1. de off. præs.* Cæterùm est hæc quæstio de rarò contingentibus, cùm difficulter contingere possit, ut vera judicis scientia pugnent cum testimoniis aut instrumentis, quibus nihil objici queat.

Legibus, Constitutionibus, moribus proditum] Præceptum hoc ad omnes judices ex æquo pertinet, sive Magistratum gerant, sive aliter judicent: quamquam sunt, qui id pertinere negant ad summas Præfecturas seu Curias ultimæ jurisdictionis. Nam Justinianus generaliter loquitur; & in *Nov. 8. c. 12.* nominatim de Præsidibus Provinciarum; omnemque dubitationem tollit *Nov. c. 38. c. 13.* In his Provinciis qui judicant, primùm jura municipalia & Constitutiones provinciales, tum mores & consuetudines locorum spectant; quibus si controversia dirimi non possit, ad jus commune, id est, Romanum apud bonam partem Europæ observatum tamquam ad *ἄσυλον* confugiunt, *Gudelin. lib. 1. de jur. noviss. Christ. vol. 1. decis. 343. Grot. 1. manuduct. de jurispr. Batav. c. 2.*

TEXTUS.

De judicio noxali.

1. *Ideoque si noxali judicio aditus est, observare debet, ut si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare: Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos condemno, aut noxam dedere.*

NOTÆ.

1. *Noxali judicio aditus*] Cujac. *addictus*, vel *additus*: sed hujusmodi verba parum conveniunt moribus sæculi Justinianei, quo impetrationes actionum jam sublatæ erant. Vvef.

COMMENTARIUS.

UT sententia judicis valeat, & res judicata esse intelligatur, necesse est reum aut absolvi aut condemnari; *leg. 1. de re jud. leg. 3. C. de sent. & interloc.* Condemnatio autem in certam rem vel quantitatem fieri debet: incerta & vaga vim sententiæ non habet, *§. curare 32. sup. de act.* nisi natura rei petitæ obstet, quominùs certa sententia ferri possit: veluti in judiciis universalibus, qualia sunt petitio hæreditatis, & actio familiæ erciscundæ; aut si plures res generaliter aut disjunctim promissæ petantur: nam eodem modo condemnatio facienda, ne per sententiam reo auferatur jus electionis, *vid. not. sub d. §. curare.* Quod autem Justinianus hic scribit: Judicio noxali convictum ita condemnandum esse, ut aut pecuniam

solvat,

solvat, aut servum noxæ dedat, id non videtur esse necessarium: quoniam pecunia tantùm in actionem judicati venit; dedendi autem facultas non à judice, sed à lege est, *l.6. §. 1. de re judic.* quod alibi quoque monuimus, *sub §.2. de noxal. act.*

Aut noxam dedere] Τὸν βλάψαντα, corpus ipsum, quod nocuit, *§.1. sup. de noxal. act.* Similis locutio est in *l.1. in fin. pr. de his qui effud.* Dedendi autem facultas non à Judice, sed à lege est, *l. 6. §.1. de re judic.*

TEXTUS.

De actionibus realibus.

2. *Et si in rem actum sit coram judice: sive contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget, in præsenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei: ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituit. Et si hæreditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio penè habetur, si prædo fuerit. Si verò bonæ fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.*

NOTÆ.

2. *Et sine frustratione*] Th. ἐ δὲ ὑστέρησιν. Non moræ aut frustratoriæ dilationis causa. Reus igitur frustrator non auditur.

Indulgendum est] In actionibus in personam quadrimestres induciæ condemnato jure publico indulgentur, *l.ult. C. de usur. rei jud.* quod tamen non puto pertinere ad actiones depositi, commodati, aut similes, quibus certa species petitur, extra quàm si reus damnatus sit in rei petitæ æstimationem: neque enim malitiis indulgendum est.

Eadem ratio penè] Τὸ *penè* additum propter causam, quam modò dixi. Fortè etiam, quia in actione in rem speciali officio judicis fructus veniunt: in petitione hæreditatis, jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *l.20. §.3. l.40, §.1. d. tit. l.1. & 2. Cod. eod.* Cujac.

Si prædo] *L.25. §.3. & seq. d. tit. l.22. C. de rei vend. l.33. D. eod.* nec interest ab initio mala fide possederit, an posteà possidere cœperit, *l.23. §. 1. l. 48. §.1. de acquir. rer. domin. d. l. 25. §. 5. de hær. pet.*

Post inchoatam petitionem] *Dict. l. 22. C. de rei vind. l.2. C. de fruct. & lit. exp. l.4. §.2. D. de reg.* Quoniam post motam controversiam omnes possessores pares sunt, *d. l.25. §.7. l.10. Cod. de long. temp. præscr.*

COMMENTARIUS.

1 *Tempus judicatis indultum in actionibus in personam: & quid hìc juris apud Batavos.*
2 *Qui possessores, quos fructus, quatenus restituere debeant: summatim.*

HOc §. agitur de officio judicis in actione in rem, tum singulari, seu rei vendicatione, tum universali, sive petitione hæreditatis: doceturque, officium illud versari partim circa res petitas, partim circa fructus.

Ut rem ipsam restituat cum fructibus] Pleniùs dicendum erat: *Ut rem petitam restituat cum omni causa*, id est, id omne, quod habiturus foret petitor, si tempore litis contestatæ res ei restituta fuisset, *l. Julianus 17. §.1. l. prætereà 20. de rei vend.* Et porrò si possessor restituere jussus arbitrio judicis non pareat, tum eum, ut in actionibus arbitrariis, qualis est rei vendicatio, fieri solet, condemnandum quanti petitor in litem juraverit, *l. ejus rei 46. de rei vend. l.5. & 8. de in lit. jur.* Nonnunquam & possessori ob contumaciam manu militari seu per executores litium rem auferri, puta si id petitor maluerit, & sua interesse doceat, *l. qui restituere 68. de rei vend.* quomodò apud nos semper proceditur, *art. 172. Instr. Cur. Holl. add. not. sub §. prætereà 3. sup. de act.* Postremò & victum victori in expensas litis condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit; *l.13. §. sive autem 6. C. de jud.* de quo explicatiùs *tit. præc. sub §.1.*

Cum fructibus] Etiamsi expressè petiti non sint, *l. & ex diverso 35. §.1. de rei vend.* Idque vel ex eo satis intelligitur, quòd officio judicis continetur, ut jubeat fructuum restitutionem fieri: judicis enim officio propriè id contineri dicitur, quod ei tacitè suo jure permissum est; quamvis Prætor nullam ejus in formula mentionem fecerit, *l. planè 38. de hær. pet. leg. si reus 72. de proc. l. 9. §.1. de furt. l. qui per collusionem 49. §.1. de act. empt. add. Myns. 4. obs. 55. Christ. vol.2. dec.105. num.2. Vant. de nullit. sent. ex defect. proc. num.97.* ubi ait: Petitionem fructum tacitè & virtualiter petitioni rei inesse. Dissent. D. Tulden. *comm. hic, cap.8. & D. Perez. ad tit. Cod. de rei vendit. num. 16.*

Sed si possessor] Si possessor causetur, se non posse in præsenti rem restituere, & sine fraudatione tempus ad restituendum petat, potest judex ex humanitate gratificari, & moderatum tempus

concedere, intra quod restituat. Dissimilis ratio est in actionibus in personam, in quibus condemnato quadrimestres induciæ indulgentur, *l. ult. C. de usur. rei jud.* Quippè res aliena, quam quis penes se habet, faciliùs restitui potest, quàm pecunia expleari. Et ideò dixerim: interdum nec in actione personali damnato quadrimestre tempus concedendum, nempe si certa species petita sit, veluti actione depositi, vel commodati, cujus & præstandæ facultatem reus habeat; neque enim malitiis indulgendum est, & contra nonnunquam tanti temporis laxamentum reo dandum in actione in rem, nempe si damnatus sit in rei petitæ æstimationem. Apud nos locum quodammodò habent induciæ triginta dierum, quod spatium judicatis largiebatur lex duodecim tabularum, teste Aulo Gellio *l. 20. c. 1.* Idque adeò obtinere videtur in utroque genere actionum: nam utique victor saltem tamdiu expectare partim ex humanitate partim ex necessitate juris debet, donec tempus appellationi constitutum præterierit, appellationi, inquam, tam interponendæ, quàm introducendæ. Nam interponendæ appellationi decem dies, *auth. hodie, C. de appell.* introducendæ viginti apud nos constituti sunt, *Instr. Cur. Hol. art. 198. & 205.* notat hoc *D. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 6. c. 7.*

Eadem circa fructum] Est tamen nonnihil differentiæ. Nam in singulatum rerum petitione bonæ fidei possessor fructus omnes consumptos lucratur, *l. 4. §. 2. fin. reg.* in petitione hæreditatis etiam consumptorum nomine tenetur, in quantum locupletior factus, *l. 25. §. 11. de hæred. petit.* In illa officio judicis fructus veniunt, in hac jure & potestate ipsius actionis ut cætera corpora hæreditaria, *l. 20. §. 3. l. 40. §. 1. tit.* quam ob causam fortè mox additur τὸ *penè*. Malæ autem fidei possessor fructus omnes, etiam qui consumpti sunt, unà cum re restituere debet, *d. l. 22. C. de rei vend.* teneturque adeò non de perceptis tantùm, sed etiam de iis, qui non percepti, honestè percipi potuerunt, *hoc text. l. fructus 33. de rei vend.* Nec refert, ab initio quis mala fide possederit, an post à possidere coeperit, *l. bonæ fidei 48. §. 1. de acq. rer. dom.* Denique possessores omnes post litem contestatam pares sunt, & tanquam malæ fidei possessores tenentur, *l. sed etsi 25. §. si ante 7. de hær. pet. dict. l. 22. C. de rei vend. l. 2. Cod. de fruct. & lit. expens.* Fusiùs hæc explicui *sup. §. 35. de rer. div. & lib. 1. sol. quæst. cap. 25. & sequent.*

TEXTUS.

De actione ad exhibendum.

3. *Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est: sed opus est, ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, & eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideòque si inter moras exhibendi usucapta sit res à possessore, nihilominùs condemnabitur, Præterea fructuum medii temporis, id est, ejus, quod post acceptum ad exhibendum judicium ante rem judicatam intercesserit, rationem habere debet judex. Quòd si neget reus, cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti se exhibere posse, & tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet: ut tamen caveat, se restituturum. Quòd si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque posteà se exhibiturum caveat, condemnandus sit in id, quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset.*

NOTÆ.

3. *Ut etiam rei causam*] Id est, commoda rei externa, puta, fœtus animalium, partus ancillarum, utilitates amissæ, &c. *l. 9. §. pen. & ult. ad exhib.*

Usucapta sit] *D. l. 9. §. 6.* Usucapio ex ratione juris veteris non interrumpitur litis contestatione, *l. 10. & 20. de rei vend.* sicut præscriptiones temporum, *l. 1. 2. & 10. C. de long. temp. præscr.* At hodie discrimen istud non obtinet, *l. 2. & 3. C. de annal. exc.*

Sine frustratione] Id est, justa ex causa, *l. 5. §. ult.* ubi & justæ causæ hujus generis indicantur, *l. 12. §. 5. ad exhib.*

Ab initio res exhibita] Quod declaratur *l. 9. §. pen. & ult. l. 10. & seqq. eod.* atque ob contumaciam damnatur, quanti actor in litem juraverit; aliàs quanti res verè est, *l. 3. §. 2. d. l. 9. §. ultim. l. 5. de in lit. jur.*

COMMENTARIUS.

Actio ad exhibendum præcursio quædam est & præparatio actionis in rem de mobili: nam & propter vendicationes potissimùm introducta est, *l. 1. ad exhib.* quamquam aliquando & personali actione & interdicto experiri volenti competit, *l. 3. §. 1. §. sciendum 9. cum seqq. & passim eod. tit.* Est autem exhibere, rei in publico potestatem facere tum videndæ tum contrectandæ, ut experiundi sit copia, *l. 2. eod.* Experiundi non actione ad exhibendum, qua jam satis actum est: sed principali, quam actor re exhibita exequi constituit, *l. 9. §. quantum 5. eod.*

Ut rei causam] Actione ad exhibendum damnatus non rem tantùm, sed etiam causam rei exhibere debet. In re hæc sunt, ut exhibeatur res eadem, ut exhibeatur eodem jure, quo fuit, eùm petita est. Eadem res exhibita videtur, si exhibitum est idem corpus, eadem species, quæ fuit tempore litis contestatæ, *d. l. 9. §. 3.* Quid si deterior facta? Ad exhibendum possessor absolvi debet. Cæterum si dolo aut culpa ejus deterior

la-

facta sit, tenebitur actione legis Aquiliæ de damno; *l. si quis 17. eod. l. 7. C. eod. & ibi Sich. num. 5. & seq.* Eodem jure, si re exhibita, actori integra sit actio principalis, ut initio fuit, in nullo causa, quam intendit, læsa; *d. l. 9. §. quantum l. 10. & seq. eod.* Per causam rei significantur commoda rei externa; puta fœtus animalium; partus ancillarum; denique id omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore res illi exhibita fuisset; *l. fundus 31. de reb. cred. l. præterea 20. de rei vend. & hoc text.* De quo mox plura.

Inter moras judicio res usucapta] *L. 9. §. proinde 6. ad exhib.* Nam ex ratione juris veteris per litis contestationem usucapio naturaliter non interrumpitur, sed pendente etiam lite impleri potest *l. 18. d. l. 20. de rei vend.* quamvis effectu juris victo possessori non prosit: quippè qui nihilominùs rem restituere tenetur. Secus erat in præscriptione longi temporis: nam quia præscriptiones temporum factæ sunt, placebat eas per litis contestationem plenè interrumpi; *l. 10 C. de acq. poss. l. 1. 2. & 10. C. de long. temp. præsc.* Sed hodie hæc differentia non obtinet; *l. 2. & 3. C. de annal. exc. vi di sup. de usuc. §. diutina.*

Fructuum medii temporis] Commoda quoque rei externa, puta fœtus animalium, item partus ancillarum, unà cum exhibitione in hoc judicio veniunt; *d. l. 9. §. pen.* Quod tamen haud dubiè sic accipiendum: si possessor hac actione victus de re ipsa porrò contendere judicio directo supersederit; cum Accursio in *d. §. pen.* ubi rectè monet: Eodem modo accipiendos esse locos omnes qui de restitutione ex hac actione facienda loquuntur. Nam qui rem ipsam restituere non debet, utique nec accessiones debet. Posse autem hanc actionem unà cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litis tendit, ita tamen ut judex non una cognitione utramque expediat, sed priùs cognoscat & pronuntiet de præparatoria, docent *Oldend. Class. 5. act. 1. q. 7. Sich. in rubr. C. ad exhib. num. 8.*

Tempus exhibendi causa petat] Si possessor in præsentia facultatem exhibendi non habeat, interdum et ex causa tempus à judice indulgetur: nempe petenti sine fraudatione, & cautionem offerenti de re, cùm poterit, exhibenda. Causæ hujus generis indicantur, *l. 5. §. ult. de exhib.*

Quòd si neque statim] Si possessor exhibere jussus, neque exhibeat, neque se exhibiturum caveat; placet, eum condemnandum esse in id, quod actoris interest, hoc est, in id omne, quod vel habere potuit, si res ab initio exhibita fuisset, quod declaratur, *d. l. 9. §. pen. & ult. l. 10. & seq. ad exhib.* Harum autem rerum duplex officio judicis æstimatio: adversùs contumacem, quanti actor, utique qui jure dominii exhiberi desiderat in litem juraverit: adversùs cæteros, quanti res verè est, *l. 3. §. 2. d. l. 9. §. ult. eod. l. 5. de in lit. jur.* Usus hujus actionis hodie rarior est. De quo *Christ. vol. 1. dec. 191. nu. 3.*

Textus.

Familiæ erciscundæ.

4. *Si familiæ erciscundæ judicio actum sit, singulas res singulis hæredibus adjudicare debet: & si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem cohæredi certa pecunia (sicut jam dictum est) condemnare. Eo quoque nomine cohæredi quisque suo condemnandus est, quòd solus fructus hæreditarii fundi perceperit, aut rem hæreditariam corruperit, aut consumpserit. Quæ quidem similiter inter plures quoque quàm duos cohæredes subsequuntur.*

Notæ.

4. *Aut rem hæreditariam corruperit*] Vel quòd cohæres in rem communem necessarias impensas fecerit: quæ sunt hujus judicii præstationes personales, de quibus dictum *sup. §. 3. de obl. quasi ex contr.*

Commentarius.

Tritum est, Sententiam debere respondere petitioni, & conformem esse libello; quod à jure non abhorret, si sanè accipiatur. Neque enim extra fines petitionis vagari sententia debet aut condemnatio in rem aliam fieri, quàm quæ in judicium deducta est, cujus judicatio judici permissa, *l. ut fundus 18. comm. div. l. ult. Cod. de fideic. libert. Gail. 1. obs. 66. Schneid. in §. curare 32. sup. de act. nu. 4.* Sed tamen in duplicibus judiciis id non usquequaque observatur, ut intelligemus ex adjudicationibus & mutuis condemnationibus, quæ in his judiciis permissæ.

Singulas res singulis hæredibus] Judicium familiæ erciscundæ duo continet, rerum hæreditariarum divisionem, & quasdam præstationes personales, quibus scilicet hæres hæredi propter communionem rerum obnoxius est. In rerum divisione hæc observare judex familiæ erciscundæ debet, ut res singulas singulis hæredibus adjudicet, ut hic ait Justinianus, Quod tamen non ita accipiendum est, quasi semper & necessariò hæc ratio divisionis ineatur: nam si fundi hæreditarii commodè per regiones dividi possunt, nihil impedit, quo minùs ita dividantur: sed quoniam in plerisque rebus hæc divisio commodissima est.

Debet hunc invicem] Cùm impar adjudicatio est, is, cujus pars præponderat, vicissim in certam pecuniam consorti damnandus est, ut æqualitas per omnia conservetur, *l. Mævius 52. §. 2. l. si familiæ 55. fam. ercisc.*

Eo quoque nomine] Hæres cohæredi eo quoque nomine judicio familiæ erciscundæ condemnandus est, quòd solus fructus fundi hæreditarii perceperit, vel rem hæreditariam corruperit, consumpseritve: vel quòd cohæres in rem commu-

nem impensas fecerit, quas propter partem suam necesse habuit facere, *l. & puto* 16. §. *pen. leg. bis consequenter* 18. §. 3. *l. heredes* 25. §. *si unus* 15. §. *item culpa* 18. *l. inter cohæredes* 44. §. *quod ex facto* 5. *fam. erc.* Atque hæ sunt hujus judicii præstationes personales, de quibus fusiùs alibi explicatum est, *sup. de obl. quæ quas. ex contr.* §. 3. & *sup. de act.* §. *quadam* 20.

TEXTUS.

Communi dividundo.

5. Eadem interveniunt, etsi communi dividundo de pluribus rebus actum sit. Quòd si de una re, veluti de fundo: siquidem iste fundus commodè regionibus divisionem recipiat; partes ejus singulis adjudicare debet: & si unius pars prægravare videtur; is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quòd si commodè dividi non possit, vel si homo fortè, aut mulus erit, de quo actum sit tunc totus uni adjudicandus est, & is invicem alteri certa pecunia condemnandus est.

NOTÆ.

5. Partes ejus singulis] Si divisio prædii sine cujusquam injuria commodè fieri possit, cuique sua portio certis finibus adjudicanda, *l. 1. C. com. div.*

Veluti si homo] Hotom. Theop. *Vel si homo*, quod magis placet. Ut sit sensus: Si res aut non commodè, aut non omninò partes pro diviso recipiat, veluti si agatur de servo, aut jumento, totam uni adjudicandam, eumque alteri certa pecunia condemnandum; *l. 2. C. eod.*

COMMENTARIUS.

JUdicium communi dividundo, ut fine eodem ita iisdem rebus constat quibus judicium familiæ erciscundæ, rerum scilicet communium divisione, & iisdem præstationibus personalibus, *l. 3. comm. div.* Atque hinc & in divisione rerum, in earum adjudicatione & condemnatione mutua, & in præstationibus personalibus, idem in hoc quoque judicio observatur, *d. l. 3. & 6. §. 1. & seqq. eod.*

Quod de una re] Cùm de re una dividenda agitur: siquidem ea commodè dividi potest, veluti fundus per regiones, singulæ singulis portiones adjudicandæ: & si cujus portio major esse videbitur, is vicissim socio in certam pecuniam condemnandus, *l. 1. C. comm. div.* Quòd si res partes pro diviso non recipiat, veluti si agatur de servo aut equo, aut non commodè recipiat, tota uni adjudicanda est, & is alteri certa pecunia damnandus, *l. 3. C. eod. tit.*

TEXTUS.

Finium regundorum.

6. Si finium regundorum actum fuerit; dispicere debet judex, an necessaria sit adjudicatio: quæ sanè uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quàm olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc judicio, quod fortè circa fines aliud malitiosè commisit; verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur: veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.

NOTÆ.

6. Furatus est] Vel terminos ejecit, locoque movit, aut exaravit. Et potest judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l. 4. §. 4. eod.*

Contumaciæ quoque nomine] *D. l. 4. §. 3.* Condemnabitur autem contumax in id, quod adversarii interest. Nam multam irrogare Magistratus est, non pedanei judicis.

COMMENTARIUS.

JUdicium finium regundorum rariùs admittit adjudicationes & condemnationes mutuas quàm judicia superiora: quia in judicio finium regundorum de agris tantùm & fundis agitur, qui facilè per regiones dividi possunt. Deinde quia apud judicem finium regundorum non agitur de re communi, ut ea dividatur; sed de re, quam quisque suam esse contendit: ut finibus ad normam suam redactis, quod quisque intra fines istos habet, id totum retineat: si quid ampliùs, id vicino restituatur, *l. 4. pr. l. 9. pr. & §. 1. fin. reg.* quo intuitu actio finium regundorum dicitur pro vendicatione esse, *l. 1. eod.* & causæ proprietatis cohærere, *l. 3. C. eod.*

Uno casu necessaria est] Si de finibus constet per evidentes & manifestos limites, judicis officium est eos custodire. Si turbati sunt, aut obscurati, ita tamen ut eorum vetera vestigia appareant, à judice renovandi & evidentiùs distinguendi sunt, *l. 3. de serm. nos. C. ex litteris, C. de probat.* Quòd si nulla veterum finium vestigia appareant, nec probari possint, novi fines ex consilio agrimensorum constituendi, *l. 2. §. 1. l. 3. l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod. Mynſ. 6. obſ. 20.* Uno autem casu permittitur adjudicatio; si videlicet fines rectè dirigi non possunt, vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum finium incertitudinem: & ideò aliis finibus evi-

evidentioribus agrum distingui expediat. Nam cùm hìc necesse sit ex unius agro partem aliquam detrahi, & alterius agri domino adjici, res transigenda adjudicatione & condemnatione, *d. l. 2. §. 1. l. 3. & 4. eod.* De probatione finium adeundi *Hieron. de Monte tract. fin. reg. c. 50. & seqq. Mynsi. 6. obs. 25. Vvesemb. par. hoc tit. n. 7. Christin. vol. 2. dec. 183. n. 5. & seqq.*

Evidentioribus finibus] Quippè publicè interest, evidenter distinctos esse agrorum terminos. Ovid. 3. *fastor.* de Deo Termino: *Omnis erit sine te litigiosus ager.*

Circa fines aliquid malitiosè] Duo hìc ait Justinianus; primum: Eum quoque hoc judicio condemnandum, qui quid malitiosè circa fines admisit, puta lapides finales furatus est, arbores finales excidit; deinde: Hoc eodem judicio etiam contumaciæ nomine condemnationem fieri, veluti si quis mensorem missum ad declarandos terminos metiri agrum non patiatur. Solent enim judices in lite finium dirimenda uti arte & opera agrimensorum, *l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod. Hieron. de Monte d. tract. c. 31. & seq. Mynsi. 6. obs. 27. Christin. vol. 2. dec. 184. & seqq.* Quod contumacia hìc dicitur, idem traditur apud Ulp. *l. 4. §. 3. eod.* In quid igitur condemnabitur contumax? In id scilicet, quod adversarii interest. Nam multam irrogare, quæ pœna esse solet contumaciæ, non pedanei judicis, sed Magistratus est. De delictis admissis circa fines, veluti de terminis dejectis, vel exaratis, lapidibus amotis, arbore terminali excisa, judicium criminale constitutum est de termino moto, *de term. mot.* Et potest quidem judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l. 4. §. si dicantur 4. fin. reg.* Sed è converso judex, qui cognoscere cœpit de finibus, non poterit cognoscere de crimine, & delinquentem extra ordinem coercere, juxta *l. 1. & 3. de term. mot.* Neque ea mens Justiniani est, sed hæc; Delinquentem etiam hujus admissi nomine à judice finium regundorum civiliter adversario suo condemnandum esse, quanti is sua interesse juraverit: vel etiam, ut quod pendente quæstione finali ex fundo vicini occupavit prolatis finibus, id ei cum altero tanto de suo agro reddat, *l. 4. C. fin. reg.* Atque hæc civilis condemnatio non impedit, quominùs adhuc criminaliter atque extra ordinem agi possit de termino moto, Hieron. de Monte *d. tract. c. 34. & seq.* D. Tulden. *comm. hìc, c. 6.*

Lapides finales] Sive terminales, qui & grumi: οἱ τῶν ὅρων λίθοι, οἱ διορίζοντες τοὺς ὅρους λίθοι, qui fines & terminos distinguunt.

TEXTUS.

De adjudicatione.

7. *Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.*

NOTÆ.

7. *Ejus fit, cui adjudicatum*] Adjudicatio modus est acquirendi dominii jure Quiritium, Ulp. *tit. 19. §. 15.* Quòd si per errorem de fundo alieno quasi de communi actum, & ex adjudicatione possidere cœpero, procedit mihi usucapio, *l. 17. de usuc.*

COMMENTARIUS.

QUod in tribus istis judiciis, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, ubi ex cohæredibus sociis aut vicinis adjudicatum est, id illi statim acquiritur, ut hìc scribit Justinianus, & disertè quoque testatur Ulpianus in *fragment. tit. 19. §. adjudicatione 15.* Quæ res magni erroris causam præbuit Interpretibus. Hinc enim inferre & probare vulgò solent: Ex sententia judicis dominium transferri; quod à veritate abest quàm longissimè: neque aliunde aperriùs hìc error convincitur, quàm ex hoc ipso & d. Ulpiani locu. Nam cùm tam Imperator quàm Jurisconsultus scribat: In tribus istis judiciia quod adjudicatum fuerit, statim ejus fieri, cui adjudicatum est; hoc ipso satis uterque significat, in aliis judiciis non idem juris esse, neque eam esse auctoritatem cujusvis sententiæ judicis, ut dominium in aliquem transferat. Quid enim haberent speciale tria hæc judicia, si idem jus esset in omnibus cæteris? Sed neque existimãdum est, in istis tribus vi & potestate sententiæ fieri, ut dominium in unum transferatur; sed totum hoc pendet à potestate adjudicationis, quam lex duodecim tabularum unum esse voluit ex modis acquirendi dominii jure Quiritium, relatis apud Ulp. *d. tit. 9.* Cùm verò extra ista judicia adjudicationi locus non sit, sequitur, nec in aliis judiciis dominium per sententiam transferri. De quo latè Ant. Fab. *dec. 98. err. 7. & seqq.*

TITULUS XVIII.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

Dig. Lib. 48. Tit. 1.

Ratio hujus tractationis.

ABsoluta pro modo instituti operis ea parte juris, cujus solius tractatio suscepta est, scilicet tractatione juris privati; attexit Imperator auctarii vice particulam aliquam decerptam ex jure publico: ea videlicet illius juris parte, quæ leges continet publicorum judiciorum. Voluit nimirum aliquid accessionis nobis dare: quamquam parcè dedit, indicatis tantùm fontibus, unde plura haurire liceat: nec largiùs dare debuit, quia est præter institutum & velut quidam excessus. Quamobrem & nos in hac appendice explicanda solito erimus breviores; maximè cùm jam Commentarii nostri in satis magnam molem excreverint.

TEXTUS.

De differentia à privatis.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omninò quicquam simile habent cum cæteris judiciis, de quibus locuti sumus: magnaque diversitas eorum est & in instituendo & in exercendo.

NOTÆ.

Neque per actiones ordinantur] Id est, non constituuntur & exercentur per actiones ordinarias, sicut judicia privata.

Magna diversitas est in instituendo] De veteri ordine exercendorum judiciorum publicorum, Car. Sigon. *lib. sing.* Nic. Gruch. 1. *de com. Rom.* 2. Brisson. 2. *select. ant.* 1. Posteà extra ordinem exerceri cœperunt, durante tamen legum pœna, *l. 8. de publ. jud. l. 1. §. ultim. l. 13. de pœn.* & in crimen subscriptione, *l. 3. §. 2. de accus. l. ult. C. eod. Cujac. 8. obs. 33.*

COMMENTARIUS.

JUdicia privata quomodò constituantur & exerceantur, intelligi potest ex iis, quæ dixi sub *pr.* & §. 1. *de act.* Publicorum judiciorum exercendorum lege alia ratio est, & longè alia hæc etiam apud Veteres fuit quàm tempore mediæ Jurisprudentiæ. De veteri forma & ordine adeant antiquitatis studiosi *Carol. Sigon. lib. sing. Nicol. Gruch. lib. 1. de comit. Rom. c. 2. Barn. Brisson. lib. 2. select. antiq. c. 1.* qui de eo ex professo scripserunt. Posteà vetus ille ordo exercendorum judiciorum publicorum in usu esse desiit, & de criminibus publicis extra ordinem Præfecti vel Præsides cognoscere cœperunt, durante tamen pœna legum, *l. 8. de publ. jud. in Senatu c. cum 15. §. 1. de Senatusc. Turp. l. 1. §. ult. l. hodie l. 3. de pœn.* Illud etiam mansit, utis, qui accusare paratus est, ad eum, cui judicii publici exercitio obtigit, rei nomen deferat, idque recipi postulet, & qua lege eum reum faciat, profiteatur: deinde & in crimen subscribat, id est, interprete Ulp. *l. 3. §. 2. de accus.* libello subscribat, se professum esse: quæ res similitudine supplicii eum obstringit, *l. ult. C. de acc. l. ult. C. de calumniat.*

TEXTUS.

Etymologia.

1. *Publica autem dicta sunt, quòd cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.*

NOTÆ.

1. *Quia cuivis ex populo*] Exceptis iis, quibus hæc potestas jure publico adempta, *l. 43. §. 10. de ritu nupt. junct. l. 8. 9. & seqq. de accus.* Addendum, Et quia causæ sunt publicæ, Nam & popularis actio publica dicitur, eo quòd cuivis è populo patet: privata tamen est respectu causæ, *l. 30. §. 3. de jurej. junct. tit. de pop. act.*

COMMENTARIUS.

1 *Libertatem accusandi hodie sublatam.*
2 *Criminalia judicia nunc omnia publica facta.*

CUivis ex populo] D. Hotomannus contra ideò hæc judicia publica dici existimat, quia causæ publicæ sunt, quæ æquè & universè ad omnes pertineant. Sanè si ratio quæritur, cur hæc potissimùm judicia publica facta sint, eorumque persecutio cuivis è populo permissa: probabile est, id ex eo natum, quòd in his judiciis agitur de delictis, quæ maximè ad læsionem & turbationem status publici pertinent, *Duar. lib. 1. disp. 37. Charond. 3. verisim. c. ult. add. Cujac. 8. observ. 33.* Benè Chrysost. Homil. ad Antioch.

tioch. Κοινὸν δὲ τὸ ἔγκλημα, δημόσιον τὸ ἀδίκημα· ἔξεστιν ἑκάστῳ τῶν βουλομένων κατηγορεῖν.

Plerumque] Pro *Ferè* dixit, illud significans, quod Ulp. *l. palam* 43. §. *senatus* 10. *de rit. nupt.* scribit: Publico judicio cuivis ex populo experiri licere, nisi si cui lege aliqua accusandi publico judicio non est potestas. Intelligit autem eos, qui enumerantur *l.* 8. 9. *& seq. de accus.* Hodie
1 hæc libertas accusandi sublata est: neque ampliùs quilibet è populo ad accusationem admittitur; sed soli Advocati Procuratoresve fisci aut Balivi jus accusandi & crimina persequendi habent, ubi vindicta publica agitur: quod politici judicant rectiùs constitutum esse ad retinendam civium inter se concordiam. Nam nullus privatus civis potest accusatoris personam sibi sumere absque maxima invidia & odio ejus, cui diem dixerit, ex qua re facilè seditiones oriuntur inter cives. Quod incommodum præclarè vitatum est, universo hoc accusandi munere demandato publicè alicui personæ. Sed & hodie omnia judicia criminalia publica videntur: nam videmus, in omnibus ferè criminibus nunc per inquisitionem procedi, quæ nota videtur publicorum judiciorum, & accusatoribus Procuratoribus fisci aut Balivis crimina quævis exerceri, veluti furti, bonorum raptorum, &c. *Clar. lib.* 5. §. 1. *num.* 6. Idem de jure Canonico affirmat ex *Gloss. in capit. infames* 6. *q.* 1.

TEXTUS.

Divisio.

2. *Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo supplicio afficiunt homines; vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera, si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario; hæc publica quidem sunt, sed non capitalia.*

NOTÆ.

2. *Ultimo supplicio*] Ultimum supplicium mortem solam interpretamur, *l.* 21. *de pœn.*

Cum damno pecuniario] Aut in corpus aliqua coercitione, *d. l.* 2. *hoc tit.* exempla sunt *in* §. 4. & 8. *inf. eod.*

COMMENTARIUS.

Capitalia dicimus] Quamvis caput in jure civili aliàs vitam, aliàs libertatem, aliàs civitatem, aliàs familiam, aliàs existimationem significet, *l. licèt* 103. *de verb. sign.* In hoc tamen argumento, Capitis verbo tantùm vita, civitas, & libertas continetur. Itaque quorum judiciorum publicorum pœna damnatum civem vel morte afficit, vel civitate tollit, servitute, exilio, sive deportatione, ea capitalia rectè nominantur, *l.* 2. *hoc tit.* Ultimum autem supplicium esse mortem solam interpretamur, *l. ultimum* 21. *de pœn.* Sanè interdum etiam nostri id solùm capitale vocant, cujus non alia pœna quàm mors est; sed κατ' ἐξοχήν. *L.* 4. *de pœn. leg. transigere* 18. *C. de transact.* Qui gradus sint capitalium criminum, docet *l. capitalium* 28. *de pœn.*

Infamiam cum damno pecuniario] Tale judicii publici non capitalis exemplum est in §. 4. & item in §. *item lex Iulia* 8. §. *inf. eod.* Interdum & in corpus aliqua coercitio pœna est, *dict. l.* 2. *hoc tit. in fin.* Sive autem capitalia sint, sive non sint, famosa semper sunt, hoc est, damnatum publico judicio semper sequitur infamia.

TEXTUS.

Exempla; de læsa majestate.

3. *Publica autem judicia hæc sunt. Lex Julia majestatis: quæ in eos, qui contra Imperatorem vel Rempublicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit. Cujus pœna animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur.*

NOTÆ.

3. *Animæ amissionem*] Ψυχῆς ἀπώλειαν. *Anima* pro *Vita*: Sallust. *Catil. Libertas & anima nostra in dubio est.*

Memoria rei post mortem damnatur] Rei sc. perduellionis, qui quid hostili animo adversùs Rempubl. vel Principem machinatus est: secus est, si quis ex alia causa majestatis reus sit; *l. ult. eod. l.* 24. *de pœn.*

COMMENTARIUS.

1 *Quotuplex differentia inter crimen perduellionis & majestatis in specie.*
2 *Specialia circa pœnam hujus criminis.*

De solo crimine perduellionis videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo sunt genera criminis læsæ majestatis: unum perduellionis: quod est crimen imminutæ majestatis & gravissimum & atrocissimum, puta si quis hostili animo quid machinetur adversùs Principem aut Rempublicam: alterum, quod generis nomen retinet, & majestatis vocatur, si quis ex alia causa legis reus sit. Utriusque exempla suppeditat *l.* 1. *cum* 3. *ll. seqq. ad leg. Iul. majest.* Quadruplicem autem inter majestatis & perduellionis crimina differentiam notat D. Hotomannus. Prima est: Quòd majestatis crimine tenentur ii, qui vel partem aliquam Reip. læserunt; veluti si quis Duces hostium accepta pecunia liberavit, aut privatus Du-

ce hostium domi suæ occultavit (quod tamen meritò perduellioni adscribendum putavit cl. Ant. Matth. *de læs. majestat. cap. 2. num. 2. lib. de crimin.*) at si quis Magistratui pro officio suo aliquid agenti officiat. Perduellionis autem crimen in eos cadit, qui summam Reipubl. labefactare conati sunt. Altera differentia est: Quòd majestatis crimen in foro apud suum Prætorem pro tribunali judicio certa lege constituto agebatur, ut ex *Verrin. 3. & 7.* cognoscitur. Perduellio verò primis quidem temporibus à Duumviris data opera creatis, post autem à Pop. Rom. Comitiis centuriatis in campo Martio cognoscebatur: ut ex ea pro C. Rabirio perduellionis reo constat. Et Livius *lib. 6.* de Manlio Capitolino regnum affectante refert: Duumviros, qui de perduellione inquirerent, creatos. Tertia: Quòd majestatis crimen non morte, sed exilio multabatur, *l. eorum 24. de pœn.* Perduellionis verò damnatus, in crucem in campo fixam tollebatur, ut ex ead. orat. Cic. & ex Dione *lib. 37.* cognoscitur. Quartam differentiam Ulp. ostendit *leg. ult. ad leg. Iul. majest.* ubi ait: Majestatis imminutæ crimen rei morte obliterari: perduellionis autem memoriam etiam post mortem damnari. Hodie hoc discrimen appellationis non ita strictè observatur; sed omnes, qui adversùs Principem aut statum Reipublicæ quibuscumque modis aliquid moliuntur, promiscuè rei majestatis dicuntur, & omnium eadem est pœna, nimirum capitis, *Mynf. hic, num. 5. & 6.*

Et memoria rei] Multa circa pœnam hujus criminis propter atrocitatem specialiter constituta sunt, quæ passim ab aliis congeruntur. Unum illud est: Quòd mortuo quoque reo, & nondum postulato, crimen hoc inchoari & peragi possit, damnataque rei memoria bona fisco vendicentur, *l. ult. ad leg. Iul. majest. l. ult. C. eod. l. antepen. de accusf.* cùm regulariter, qui in reatu decedunt, integri status decedant, & crimen mortalitate extinguatur. Eadem quoque severitate voluntas seu conatus hujus sceleris qua effectus punitur, *l. 5. C. eod.* & conscii qua auctores ipsi, *l. 3. C. eod.*

TEXTUS.

De adulteriis.

4. *Item lex Julia de adulteriis coercendis, quæ non solùm temeratores alienarum nuptiarum gladio punit; sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, quum quis sine vi vel virginem vel viduam honestè viventem stupraverit. Pœnam autem eamdem irrogat stupratoribus, si honesti sunt; publicationem partis dimidiæ bonorum: si humiles; corporis coercitionem cum relegatione.*

NOTÆ.

4. *Temeratores alienarum nuptiarum*] Tac. 1. *Annal. Iuliam in matrimonio Marci Agrippæ temeraverat.*

Cum masculis] παιδεραςαὶ, ἀρσενοκοῖται: *Puerarii, Puerorum contaminatores.* Hæc præposteræ Veneris & Sodomiticæ libidinis pœna est ex lege Constantii & Constantis, *l. 31. C. h. t.* & par ex lege Moysi, *Lev. 20. 13.*

Honestè viventem] Σεμνῶς: nam cum meretricibus impunè licebat libidinem explere, *l. 22. C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Inter stuprum & adulterium quid intersit.*

ADulterium est alieni thori violatio, sive coitus cum aliena uxore factus. Nam adulterium jure civili cum nupta tantùm committitur, *l. 6. §. 1. l. stuprum 34. §. h. t. ad leg. Iul. de adult. fac. l. 1. C. eod. l. inter stuprum 101. de verb. signific.* ἀλλοτριογάμοι dicuntur alienarum nuptiarum temeratores: nec hoc à sacra Scriptura veteris testamenti abhorrere quidam existimant, per text. *Lev. 20. vers. 10. Deut. 22. 22. Gen. 23.* Jure autem Canonico adulterium committi intelligitur, sive solutus cum conjugata rem habeat, sive conjugatus cum soluta, aut conjugatus cum conjugata, *can. nemo 34. quæst. 4. can. non mæchaberis, can. præcepit, cum seqq. quæst. 5.* & hanc sententiam omnes ferè Theologi amplectuntur; per text. *Matth. 19. vers. 9. Mar. 10. Luca 16. 18.*

Gladio punit] Hæc pœna non est ex lege Julia, sed ex *l. quamvis 30. C. h. t.* quæ Constantini est. Pœna autem lege Julia relegatio fuit: ut constat ex Tacito *l. 12. & 3. ann.* & non obscurè probat *l. 5. de quæst.* Certè capitalem non fuisse arguunt *l. 16. de divort. l. 11. h. t. l. 14. de testib. l. 13. de his quæ ut indign.* & ipse Justinianus hanc pœnam Constantino tribuit: *Nov. 14. cap. 10.* Divus Augustin. *lib. 3. de civ. Dei*, disertè scribit: Romanos adulteras fœminas, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte multasse. Ut dubitandum non sit, quin *leg. transigere 18. Cod. de transaction. & leg. 9. Cod. hoc titul.* interpolatæ sint à Triboniano. Cæterum adscribitur legi Juliæ etiam ea pœna, quæ postea sancita est; quia ea lex primùm de crimine & pœna adulterii seriò & plenè caverat. Legibus Mosaicis adulterium item capitale est, & tam mœchus quàm adultera morte puniuntur, *Levit. 20. 10. Deut. 22. 22.* Apud nos qua pœna adulte-

ri

ti afficiantur, disces ex ordinat. *Polit. art.* 15. *& seq. add. Groenew. de legib. abrog. hic.*

Cum masculis nefandam libidinem] *L. cum vir.* 31. *C. h. t.* quæ est Constantii & Constantis. Præposteræ Veneris seu παιδεραστίας, & Sodomiticæ turpitudinis, pœna nunc, ferè concrematio est; Damhoud. *prax. crim.* c. 96. Clar. §. *sodomia* n. 4. Gudelin. *de jur. nov. lib.* 5. c. 18.

Stupri flagitium] Lege Julia non modò de adulteriis, sed etiam de stupris cavetur, *l.* 6. §. 1. *h. t.* ubi Papinianus ait: Legem stuprum & adulterium promiscuè appellare, sed propriè adulterium in nuptam committi; stuprum verò in viduam virginemve, quod Græci φθορὰν appellant: & ita quoque ferè Modestinus in *l. inter stuprum* 101. *de verb. sign.* Idem Modestinus in *l. stuprum* 34. §. 1. *h. t.* adulterium in nupta admitti ait; stuprum in vidua, vel virgine, vel puero. Quod autem Papinianus *d. l.* 6. § 1. & Modestinus *d. l. inter stuprum*, ajunt: Legem Juliam promiscuè & indifferenter his appellationibus uti; hoc non ita accipiendum est, quemadmodum accepit D. Hotomannus, quasi & verbum adulterii extra conjugatos usurpatum esset: sed quòd stupri nomine etiam adulterium notatum; nimirum stuprum & generis nomen est, & speciei: quod in nuptam committitur; etiam proprium nomen habet, & adulterium dicitur: quod in virginem, viduam puerum; generis nomen retinuit, & stuprum propriè dictum est.

Honestè viventem] Σεμνήν. Nam consuetudo cum ea, quæ corporis sui copiam passim facit, stuprum non est, sed simplex πορνεία, sive fornicatio: quæ Romanis legibus non puniebatur; *l.* 22. *C. h. t.* Pro stupro quoque non habebatur consuetudo cum concubina, propterea quòd concubinatus jure Romano permissus erat. Et hoc est, quod Modestinus scribit: Stuprum committere, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non Matrimonii secum habet, excepta concubina; *l. stuprum* 34. *pr. hoc tit. fac. l.* 3. *pr. de concub.*

Stupratoribus, si honesti sunt] Stupri damnatus si honestæ existimationis fuit; dimidia parte bonorum multatur: si turpis; verberatus relegatur. Sic cum D. Hotomanno interpretor illud, quod de honestis aut humilibus hic dicitur, propter *l.* 7. *C. de incest. nupt.* Lex Attica stupratorem ita multabat, ut vel duceret puellam, vel dotaret: Lex Mosaica, ut & duceret & dotaret, *Deut.* 22. 29.

TEXTUS.

De Sicariis.

3. *Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore ferro persequitur, vel eos qui hominis occidendi causa cum telo ambulant. Telum autem, ut Cajus noster ex interpretatione legum duodecim tabularum scriptum reliquit, vulgò quidem id appellatur, quod arcu mittitur: sed & nunc omne significat, quod manu cujusque jacitur. Sequitur ergo, ut lignum, & lapis, & ferrum hoc nomine contineantur; dictum ab eo, quòd in longinquum mittitur, a Græca voce τηλοῦ figuratum. Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant, ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonet nos Xenophon; nam ita scribit καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο, λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Sicarii autem appellantur à sica; quod significat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis quàm susurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publicè vendiderint.*

NOTÆ.

5. *Ultore ferro*] Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad sui temporis rationem: & exigit hoc lex divina, *Exod.* 21. 12. *Lev.* 24. 17. Pœna autem legis Corneliæ deportatio fuit & bonorum omnium ademptio: quanquam posteà humiliores capite puniti, *l.* 3. §. *pen. leg. pen. hoc tit.*

Cum telo ambulans] *L.* 1. *pr. eod. l.* 7. *C. eod.* nimirum etiam à conatu homines deterrere gravitate supplicii lex voluit.

Admonet nos Xenophon.] Ita rectè legitur, ut & in *d. l.* 233. §. 2. *de verb. signific.* unde hic locus descriptus est. Th. τούτου δὲ μάρτυς Ξενοφῶν ὁ συγγράφων. Deinde subjecta verba Xenophontis esse agnoscuntur ex *l.* 5. *ἀναβάσ.* Haloander in *Xerolopho*. Ξηρόλοφος locus erat celeberrimus urbis Constantinopol. de quo digna quædam notatu Petr. Gyll. *l.* 4. *de topograph. Constantinop. cap.* 8.

A sica] Romani, teste Suida, τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη, *Incurvos gladios* sicas appellant. Per abusionem tamen sicarios omnes vocamus, qui cædem telo quocumque commiserunt. Quint. *l.* 10. *cap.* 1.

Susurris magicis] Incantationibus, γοητείαις. *Nov.* 114. c. 4. quò referenda illa legis duodecim: *Qui malum carmen incantassit, Qui fruges excantassit*, &c. Vid. Plin. *lib.* 28. c. 2. Augu. 8. *de civ. Dei* 19.

COMMENTARIUS.

JUstinianus hoc loco pœnam mortis tribuit legi Corneliæ de sicariis, ut superiore §. legi Juliæ de adulteriis. Pœna enim legis Corneliæ deportatio fuit in insulam, & omnium bonorum adem-

ademptio. Sed more judiciorum temporibus Marciani & Modestini, honestioris loci homines deportabantur: sequenti gradu qui erant, capite puniebantur, id est, morte: humiliores etiam bestiis subjiciebantur; *l. 3. §. pen. in fin. §. pen. l. pen. h. t. ad leg. Corn. de sicar. Paul. 5. sent. 23.*

Ultore ferro] Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad sui temporis rationem: nam poena capitis jam tunc indistinctè homicidæ puniebantur; quæ poena hodieque manet, quòd eam etiam exigat lex divina; *Exod. 21. 12. Lev. 24. 17.*

Qui hominis occidendi causa] Lege Cornelia de sicariis non tantùm homicidæ, sed etiam qui hominis occidendi causa cum telo feriunt, tenentur; *l. 1. pr. eod.* Existimare licet, Cornelium Syllam hanc legem tulisse post sævissimam civium proscriptionem: atque ut tamdem finem imponeret cædibus, quæ tum passim impunitæ gravitate poenæ etiam à conatu homines deterrere voluisse. Hodie generali consuetudine huic parti legis derogatum est, nec iam conatus aut delictum non consummatum amplius poena legis ordinaria plectitur; teste Claro *lib. 5. § ult. q. 92. Ant. Matth. de crim. c. 3. num. 10. & seq. D. h. t. Sand. lib. 5. tit. 9. defin. 11.*

Telum autem] Hic locus descriptus est ex Gajo *l. si calvitur 233 §. 2. de verb sign.* & est satis planus. Cæterùm non dubito, quin lex Cornelia tali appellatione gladium & vel maximè intellexerit; quamvis propria teli significatio, quæ hic indicatur, gladio non conveniat.

A sica quod significat ferrum] Romani, teste Suida, τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη, incurvos gladios sicas vocant. Erat autem sica genus gladii brevioris Persici seve acinacis magnitudine, ut commodè sub vestibus occultari potuerit; quod ex Josepho *l. 1. Antiq.* discimus. Per abusionem autem omnes sicarios vocaverunt, qui cædem telo quocumque commisissent; auctore Fab. *l. 10. c. 1.*

Venefici] Venefici dicuntur & qui veneno homines occidunt, quod plus est quàm occidere gladio; *l. 1. C. de malef.* & qui artibus, sive, ut hic ait Justinianus, susurris magicis; ad cujusmodi susurros referenda illa legis 12. tabularum: *Qui malum carmen incantassit: Qui fruges excantassit: Neve alienam segetem pellexeris*; item illud Virgilii,

Atque satas alio vidi traducere messes.

& id genus alia, quæ superstitio mortalium semper vi magici carminis effici posse credidit; *vid. l. 4. & l. 6. C. de malefico: Plin. l. 28. c. 2. August. l. 8. de civ. Dei c. 9.* Sed verissimè Seneca *lib. 4. nat. q. 7. Rudis*, inquit, *adhuc antiquitas credebat, & attrahi imbres cantibus, & repelli; quorum nihil posse fieri tam palam est, ut hujus rei causa nullius Philosophi schola intranda sit.* Ego sanè sic persuasum habeo: multa nimis temerè credi, & veneficis sagisve falsò affingi; quædam verò non omnino falsa verè contingere: eo vel maximè, cùm S. Scriptura referat, vivos verosque serpentes in conspectu Moysis excitatos magorum Ægyptiorum magicis artibus.

TEXTUS.

De parricidis.

6. *Alia deinde lex asperrimum crimen nova poena persequitur; quæ Pompeja de parricidis vocatur: qua cavetur, ut si quis parentis aut filii, aut omninò affectionis ejus, quæ nuncupatione parentum continetur, fata præparaverit; (sive clam, sive palam id ausus fuerit) nec non is, cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit; licèt extraneus sit, poena parricidii puniatur; & neque gladio, neque ignibus, neque ulli solemni poenæ subjiciatur; sed insutus culleo cum cane, & gallo gallinaceo, & vipera, & simia, & inter eas ferales angustias comprehensus (secundùm quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur, ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, & ut cœlum superstiti & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, poenam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.*

NOTÆ.

6. *Asperrimum crimen*] Nefas ultimum vocat Seneca *1. de Clem. 23.*

Neque gladio] Legis tamen Pompejæ eadem poena, quæ legis Corneliæ fuit: nisi quòd hæc etiam conscios sceleris puniret; *l. 1. l. 6. eod.*

Insutus culleo, &c.] *D. l. un. C. de his qui parvel lib. occid.* Priùs tamen virgis sanguineis cæsus *l. pen. eod.* De poena cullei Cic. *in ea pro Sexto Roscio.* Sen. *1. de clem. 15.* Juven. *satyr. 8.* Etiam aliud supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. *5. sent. 14.*

COMMENTARIUS.

HIc quoque idem ferè accidit quod superiùs; nimirum ut poena cullei adscribatur legi Pompejæ, quæ tamen moribus majorum instituta est; *l. 9. pr. h. t. de leg. Pomp. parric.* adeòque diu ante legem Pompejam, ut ex oratione Cicer. *pro Rosc. Amerin.* constat; atque in eum tantùm, qui patrem, matrem, avum, aviam occi-

occidit: si quis alios occiderit, pœna legis Corneliæ de sicariis plectitur; *l. 1. d. l. pen. §. 1. h. t.* Constantinus & filios adjecit; *l. un. C. de his qui par. vel lib. occid.* quod & ipsum Imperator hoc loco attribuit legi Pompejæ. Legis autem Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit; nec alia inter personas, quas utraque lege continentur, differentia fuit; nisi quòd lex Cornelia omnes homines, Pompeja certas personas coerceret: & quòd hæc etiam conscios sceleris, quamvis nihil fecerint, puniret; *l. 6. eod. & hoc text.*

De parricidis] Parricida propriè dicitur, teste Carisio *lib. 4.* qui patrem occidit, quasi patricida aut per syncopen qui parenticida. Sæpè tamen idem verbum pro quavis *ἀνδροφονίᾳ* Romani usurpant: quod & Plutarchus in Romulo observavit. Sic quæstores parricidii, appellati quæstores rerum capitalium: & clausula, *Parricida esto*, in omni re capitali ponebatur. Cic. 2. *de legibus: Sacrum, sacrove commendatum qui clepserit rapsitve, parricida esto*; id est, *capital esto*. Sed fortassis hìc consuetudo scribendi R geminavit, cùm unico scribendum fuerit: de quo ita Festus in verb. *Parici quæstores: Parricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem*: in quam rem citat legem Numæ his verbis compositam; *Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricida esto*.

Aut affectionis] Ita omninò legendum, non ut vulgò *Affinitatis*; per *l. un. C. h. t. & l. un. C. Theod. eod.* Nam qui socerum, vitricum, novercam, generum, &c. necavit; etsi ultimo supplicio, non tamen acerrima cullei pœna afficitur; *l. pen. §. 1. eod. & hoc text. in fin.*

Sed insutus culleo cum cane, &c.] Supplicium parricidæ est, ut virgis sanguineis verberatus, ac mox culleo insutus cum cane, gallo gallinaceo, vipera, & simia, in mare aut profluentem projiciatur. Cic. *in ea pro Sext. Rosc.* de culleo solo loquitur. Sen. *l. 1. de clem. c. 15.* etiam serpentis meminit. Juvenalis serpentis item & simiæ; *satyr. 8.* Verisimile est, Constantinum canem & gallum gallinaceum addidisse. Quæ omnia Tribonianus legi Pompejæ tribuit; Modestinus à Triboniano interpollatus mori majorum: *d. l. pen. pr. h. t.* Aliud quoque supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. *l. 5. sent. 25.* ut parricida vel vivus combureretur, vel bestiis objiceretur. Pœna cullei hodie in usu esse desiit. *Ant. Matth. ad hunc tit. c. 2. n. ult. Groenew. de l. abr. lib. 5. tit. 9. defin. 3. Gudel. de jur. nov. lib. 5. c. 17.* ubi & de vario genere supplicii, quo nunc parricidæ puniri solent.

Omnium elementorum usu] Quid mysterii sit in pœna cullei, ostendit Cic. in *d. orat. pro Sext. Rosc.* & Theophil. hic. Leucipp. 3. *ἵνα μὴ ἄλλῳ ψυχῶν μένοι ... ἀλλὰ ... ταφῶσι*. Eodem pertinet illud Quintiliani *declam. 299. Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morienti terram, defuncto sepulchrum negat*; & Ovid. *l. 8. Metamorph.*

Dii te summoveant, ô nostri infamia secli,
Orbe suo, tellusque tibi, pontusque negetur.

TEXTUS.

De falsis.

7. Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui testamentum, vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit, vel signum adulterinum fecerit, scripserit, expresserit, sciens, dolo malo. Ejusque legis pœna in servos ultimum supplicium est; quod etiam in lege Cornelia de sicariis & veneficis servatur: in liberos verò deportatio.

NOTÆ.

Ejusque legis pœna] Ex Marcian. *l. 1. §. ult. eod.* adde Paul. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

Testamentaria vocatur] *L. 30. h. t. ad l. Corn. de fals.* Paul. *5. sent. 25.* Ex eo autem fortassis sic appellata est, quòd majore ejus parte de falso in testamento commisso caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis cavebatur. Cicer. *Verrin. 3. Cornelia testamentaria, numaria; ceteræ complures, &c.*

Vel aliud instrumentum] Hoc ex Senatusconsulto Liboniano adjectum legi Corneliæ Cujacius existimat: legem enim ipsam tantùm de nummis & testamentis falsis cavisse.

Scripserit, signaverit, &c.] Apud Paulum d. loc. additur, *Amoverit, resignaverit, deleverit: quive nummos aureos argenteos adulteraverit, laverit, conflaverit, raserit, corruperit, vitiaverit vultuve Principis signatam monetam præter adulterinam reprobaverit*; *l. 1. 2. 8. 9. & passim hoc tit.*

In servos ultimum supplicium] Pœna falsi deportatio est & omnium bonorum publicatio: servi ultimo supplicio afficiuntur; *l. 1. §. ult. hoc tit.* ubi Marcianus addit, Et quasi; nimirum cùm aliter falsitas committitur, quàm uti nominatim lege Cornelia cautum est: qui casus ex Senatusconsulto aut Principum Constitutionibus ad rationem legis accommodati sunt. Quòd si id exigat magnitudo commissi; etiam capitali supplicio in eum, qui falsum commiserit, animadvertitur; *l. 22. C. de fals.* Nostris moribus pœna falsi aut exilium est, aut fustuarium, prout judex decernit; Gudel. *d. l. 5. cap. 20. Damboud. prax. crim. cap. 119. & seq. Zypæ. not. jur. Belg. de fals.*

TEXTUS.

De vi.

8. *Item lex Julia de vi publica seu privata adversùs eos exoritur, qui vim armatam vel sine armis commiserint. Sed siquidem armata vis arguatur; deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur: si verò sine armis; in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis vel alterius fuerit perpetratus; tunc & raptores & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur secundùm nostræ Constitutionis definitionem, ex qua hoc apertius possibile est scire.*

NOTÆ.

8. *In tertiam partem annorum*] *L. 1. & ult. ad leg. Iul. de vi priv.*

Sanctimonialis] Ascetriæ, virginis vel viduę Deo dicatæ, *l. un. C. de rapt. virg.*

Capite puniuntur] Licèt mulier raptui consenserit; *d. l. 1. §. 1.* quod tamen non de simplici & spontaneo assensu accipiendum: sed ita, si consenserit malis artibus inducta. Quidam etiam gravius esse putant verbis persuasoriis pellicere mulierem, quàm vi uti. Liban. *decl.* 2. Plutarch. in *Solon.*

COMMENTARIUS.

V*Im armatam, vel sine armis*] Cur vis cum armis facta publica, sine armis privata habita sit; hæc ratio est, ut alibi quoque diximus: quod armis uti solius Reipublicæ est; unde lex duodecim tabularum cum telo esse nemini privato permittebat.

Deportatio ex lege Iulia] De vi publica damnati deportantur. Ulp. *leg. 10. §. ult. ad leg. Iul. de vi publ.* ait: Aqua & igni his interdici; sed notum est, huic pœnæ deportationem successisse. De vi privata damnati tertia parte bonorum suorum multantur, *leg. 1. & leg. ultim. de vi priv.*

Raptores, &c. capite puniuntur] Licèt mulier raptui consenserit; *l. un. §. pœnas autem*, ibi, *sive volentibus, sive nolentibus*; *Cod. de rapt. virg.* Movere non debet, quòd volenti non fiat injuria, *cap. sciens 27. de reg. jur. in 6. l. 1. §. usque adeò 5. de injur.* Neque enim *d. l. un.* de simplici & spontanea voluntate aut assensu mulieris accipienda est: sed ubi dolo malo, & blandis verbis muneribus, promissionibus, aliisque malis artibus persuasa raptori consenserit; quo casu etiam volenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cùm dolosa persuasio non minùs malum sit quàm violenta coactio; per *l. 3. §. si quis volentem 5. de lib. hom. exhib. l. 1. §. 3. de serv. corr.* Unde Solon severiùs punivit eum, qui persuasoriis verbis pellexisset mulierem, quàm qui vi usus esset: teste Plut. *add. Liban. declam.* 2. Hodie pœna hujus criminis arbitraria est, & crescit pro gravitate admissi; *Damhoud. prax. crim. c. 200. num. 8. Perez C. ad leg. Iul. de vi. in fin.* Virgini vel viduæ stuprum per vim inferentes, capite puniuntur; *Zypæ. not. jur. Belg. de adult. vers. stupro, Damhoud. d. prax. c. 92. dec. cur. Holl. 47.* Attentatum per vim stuprum, sed non consummatum, virgis & exilio vendicandum judicavit Curia Frisiæ; *Sande lib. 5. tit. 9. def. 11.*

TEXTUS.

De peculatu.

9. *Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam, vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed siquidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solùm hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his susceperint. Alii verò qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subjugentur.*

COMMENTARIUS.

LEge Julia peculatus tenetur, qui pecuniam publicam remve sacram aut religiosam furatur, *l. 1. & 4. h. t. ad l. Iul. pecul.* Peculatus enim duplex est: furtum pecuniæ publicæ; quod propriè & in specie peculatus: & rei sacræ; quod sacrilegium propriè vocatur: unde à Labeone definitur, Pecuniæ publicæ aut sacræ furtum; *l. 9. §. 2. eod.* Addit Labeo: Non ab eo factum, cujus periculo est; nam Æditum in his, quæ ei tradita sunt, peculatum non committere.

Siquidem ipsi judices] Qui pecuniam publicam, quam ipse administrat, averterit, capite punitur uti, & is, qui operam ei aut ministerium præbet; *leg. unic. in fin. Cod. de crim. pecul.*

Pœnæ deportationis] Ob simplicem peculatum pœna deportationis imponitur; *leg. 3. eod.* interdum in quadruplum condemnatio fit; *leg. pen. eod.* Sacrilegi autem, id est, qui publica sacra compilaverunt, capite puniuntur; *leg. 9. eod. Clar. §. sacrilegium, Anton. Matth. de crim. cap. 2. & 3. de leg. Iul. pecul. Damhoud. prax. crim. cap. 111.*

TEXTUS.

De plagiariis.

10. *Est & inter publica judicia lex Fabia de plagiariis; quæ interdum capitis pœnam ex sacris Constitutionibus irrogat; interdum leviorem.*

NOTÆ.

10. *De plagiariis*] Plagiarius est, qui liberum hominem vel servum alienum dolo supprimit; ἀνδραποδιστής. Lys. *orat*. 9. supprimendo enim plerumque plagium committitur; *leg*. 3. §. 6. *hoc tit*. *l*. 2. 5. 6. *C*. *eod*. licèt interdum & aliis modis, puta vendendo; &c. *l*. 1. 2. 4. *D*. *eod*.

Interdum capitis pœnam] Ex ipsa lege Fabia plagii pœna erat pecuniaria: posteà graviùs puniri cœpit, quandoque capite; *l*. *ult*. *eod*. *l*. 7. *& ult*. *C*. *eod*. uti & lege Divina, *Exod*. 21. 17. *Deut*. 24. 7.

COMMENTARIUS.

PLagium nihil aliud est, quàm liberi hominis vel servi alieni suppressio dolo malo facta. Nam plerumque supprimendo plagium committitur; *l*. 3. 5. *& 6. hoc tit. de leg. Fab*. *l*. 2. 5. 9. *&* 14. *C*. *eod*. licèt & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando; *l*. 1. 2. *&* 4. *eod*. Pœna plagii ex ipsa lege Fabia pecuniaria erat: posteà graviùs puniri cœpit, & nonnullis casibus etiam capite; *l*. *ult*. *eod*. *l*. 7. *& ult*. *C*. *eod*. Jure autem divino & canonico omnis plagiarius, qui sciens dolo malo liberum hominem vendit, morte mulctatur; *Deut*. *c*. 24. 7. *Exod*. 21. 17. quod transcriptum in decretalibus Greg. *c*. 1. *de furt*. & adhuc hodie obtinet, si celandi animo crimen commissum; aliàs ferè virgis & relegatione; *Clar*. §. *fin*. *qu*. 68. *num*. 31. *Perez in C. ad leg. Fab. de plag*. *n*. 6.

TEXTUS.

De ambitu, repetundis, annona, residuis.

11. *Sunt præterea publica judicia; lex Julia de ambitu; lex Julia repetundarum; & lex Julia de annona; & lex Julia de residuis: quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amissionem non irrogant; aliis autem pœnis eos subjiciunt, qui præcepta earum neglexerint.*

Excusatio.

12. *Sed de publicis judiciis hæc exposuimus ut vobis possibile sit, summo digito & quasi per indicem ea attigisse: alioqui diligentior eorum scientia ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.*

NOTÆ.

11. *Repetundarum*] *Vid*. *l*. 3. *& 4. de leg. Iul. rep*. de pœna est in *l*. 7. §. 2. *eod*. *l*. 1. *& ult*. *C*. *eod*.

De annona] Adversùs eum, qui annonam publicam fraudaverit, vel vexaverit, &c. *l*. 2. *de leg. Iul. de annon*. add. *l*. 7. *de pæn*. *leg*. 6. *de extr. crim*. Apud Athenienses pœna capitis statuta erat in eos, qui frumentum aliò comportabant, annonamve supprimebant. Lys. *Orat*. 21.

De residuis] Hac lege damnatus ampliùs tertia parte quàm debet punitur; *l*. 2. *& 4. §. 5. & 2. seq. ad leg. Iul. pecul*. Tenetur autem hac lege, qui pecuniam publicam delegatam in usum aliquem retinuit; *l*. *eod*. seu apud quem ex pecunia publica quid resedit; *d*. *l*. 4. §. 3.

12. *Et quasi per indicem*] Id est, leviter, summatim, ὑποτυπωτικῶς, digito ad fontes unde hauriatur, intenso. Ascon. in *Verr*. 3. *Antequàm causam agerent, quasi per indicem rem exponebant*, &c.

COMMENTARIUS.

DE *ambitu*] Ubi singuli regunt, ambitus nullus usus est: sed frequens ubi universi; ut Romæ olim ante Constitutionem Principis frequentissimum constat. Hinc illæ leges, Petilia, Primaria, Fabia, Calphurnia, Tullia, Julia, & similes de ambitu, id est, affectatis largitione honoribus latæ. Sed hæ leges cessaverunt in urbe, ex quo Magistratuum creatio ad curam Principis pertinere cœpit, sublato populi suffragio; quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modestinus *l*. *un*. *pr*. *de leg. Iul. ambit*. sicut & apud nos occasio ejus exercendæ sublata; de quo *Groenew*. *de l. abrog. D. de leg. Iul. de ambit*. Pœna hujus criminis mulcta centum aureorum cum infamia fuit; *d*. *l*. *un*. *eod*. Canonibus ambitus dicitur Simonia à Simone Mago, cui Petrus maledixit, quòd ab Apostolis Spiritus Sancti gratiam pecunia emere voluit. *Actor*. *c*. 8. *can*. *quidam* 24. *q*. 3. Est enim Simonia, cùm aliquid pro spiritualibus exigitur vel promittitur; *tot*. *tit*. *C*. *de Simonia*.

Repetundarum] Lege Julia repetundarum tenetur, qui cùm aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicandum & decernendum acceperit, vel quo magis aut minùs quid ex officio suo faceret; *l*. 3. *& 4. d. l. Iul. repet*. Pœna hujus legis extraordinaria est: nunc relegatio, vel ordinis amotio; nunc exilium, vel etiam mors; pro modo scilicet

licet & qualitate ſceleris; *l. 8. §. 3. eod.* Interdum & quadrupli pœna reo imponitur; *l. 1. & ult. in fin. C. eod.*

De annona] Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt omnia, quæ ad victum humanum pertinent) pœna viginti aureorum ſtatuitur adversùs eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum eſt, ut annona carior fieret; *l. 1. & 2. de leg. Iul. de annona*: quod crimen plerumque committunt ii, qui dardanarii ſeu pantopolæ & ſeplaſiarii vocantur; in quos etiam extra ordinem vindicari placuit; *l. in Dardanarios 37. de pœn. l. 6. de extraord. crim.*

De reſiduis] Crimen reſiduorum eſt pecuniæ publicæ alicui ad uſum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad ſuos uſus converſio, ſive in ſolidum, ſive ex parte. Et quod in rationibus pecuniiſve privatis eſt reliqua, id in publicis propriè eſt reſidua, ſic dicta, quòd apud eum, cui adminiſtranda data eſt, pecunia publica reſideat. Hac autem lege damnatus amplius tertia parte, quàm debet, punitor; *l. 2. & 4. §. 3. & 2. §§. ad leg. Iul. pecul.* Hodie pœna hujus criminis ut & præcedentium ferè arbitraria eſt; *Groenenw. tractat. de legibus abrog. ad rubr. Cod. de pœn.* Hæc παρέργως, & tralatitiæ; ut in appendice.

FINIS LIBRI QUARTI.

INDEX

INDEX
RERUM ET VERBORUM.

Ubi numerus paginam; littera verò a *priorem consignat, &* b *posteriorem columnam.*

A

quà n

Agna-

B

C

Con-

D

G

H

I

Indivi-

L

M

Mi-

N

O

Q

R

S

T

Testa-

V

FINIS.

IN-

INDEX RERUM ET VERBORUM TEXTUUM INSTITUTIONUM.

A

B

C

cogun-

D

E

F

G

H

M

de Ma-

N

O

P

Q

R

Satio-

S

Sub-

T

INDEX DECISIONUM

Et Constitutionum Justiniani Imperatoris, quarum fit mentio in IV. Instit. Lib.

INDEX CONSTITUTIONUM

Quarum in libris Institutionum meminit Justinianus, & alias jam ipse fecerat, alias nunc facit, alias postea facturus est. Et ex his quidem quas jam fecerat, aliæ sunt Græca, aliæ Latinæ. Græca sunt quæ sequuntur.

Latinæ autem quæ sequuntur.

Con-

Et hæ quidem sunt Constitutiones, quas jam fecerat Instinianus ante horum librorum editionem. Fecit autem in his libris Instit. sequentes, quæ non extant alibi.

Facturus autem erat Instinianus, nondum fecerat eam Constitutionem, cujus sententiam prævertit exponere in extremo, t. 3.

Ex hoc verò tam ingenti numero Constitutionum Iustiniani quæ referuntur in his IV. Instit. libris, repetuntur quædam etiam in eis sæpius, satis liquet jure meritòque hos libros Iustiniano attribui potius quàm aliis vel Imperatoribus vel legum aut juris Auctoribus, ex quibus sumpta sunt cætera, quæ in his libris referuntur, quorum etiam omnium simul ac locorum singularium, quibus hi libri sunt insigniti, Indices conficere visum est.

INDEX CONSTIUTIONUM

Aliorum Imperatorum, quæ in iisdem Institutionum libris referuntur.

Zeno-

INDEX LEGUM ET SENATUS-CONSULTORUM

Veterum, quorum fit mentio in iisdem IV. libris Institutionum.

INDEX AUCTORUM JURIS ALIORUMQUE,

Qui testes citantur in his libris.

Labeo,

INDEX RERUM ET LOCORUM

Singularium ferè omnium, quibus similes in jure nulli alii reperiuntur.

INDEX

INDEX HISTORICUS IN TIT. DIGEST.

De Origine & Progressu Juris. Item & de Institutione Magistratuum ac De Jurisconsultis.

DE Actionibus Legis sive Legitimis, *l.* 1. §. 6. 7. *&* 12. *& D. de orig. jur.* Vide *& Cic. pro Murena.*

Ædiles Curules, ut Romæ constituti, & quæ illorum authoritas potestasve, *l.* 2. §. 26. *D. de orig. jur. Vid. & Livi. l. 6. hist. Rom. Cicer. in Varr. & l. 2. Offic.*

Ædiles Cereales sive Frumentarii, ut Romæ constituti, & quale illorum munus, qualisve juris authoritas, *l.* 2. §. 32. *D. de orig. jur. & vide ib. Cuj. item Sveton. in Iulian. & Dion. in fi. l. 43.*

Ædiles plebis, ut Romæ constituti, & quæ illorum authoritas, *l. 2. §. 21. D. de orig. jur. Vide & Livi. l. 3. hist. Rom. Dionys. Galic. l. 9. antiq. Varr. l. 4. de ling. Lat. & Anson. poet. edyll. 15.*

Censores, ut Romæ constituti, & quæ illorum authoritas, *l. 2. §. 17. D. de orig. jur.* Vide præterea de iis, *Livi. l. 4. histor. Rom. Cic. l. 3. de legi. & Agell. l. 4. ca. 12. Item. Hotom. in sua descrip. Magist. Roman.*

de Constitutionibus Principum, sive Principalium jure & authoritate, *leg. 2. §. 11. & 12. D. de orig. jur. ac de iis vide pass. leg. 1. tit. 4. Digest. & ibid. DD. l. 1. tit. 14. & 15. Cod.*

Consuetudine ut Romani primùm pro jure uterentur, colligitur *ex l. 2. §. 3. de orig. jur.* de Consuetudinis autem vi & potestate agunt *DD. in l. quibus 31. D. de legib. & in §. const. & §. ex non scripto: Instit. de jur. nat. gent. & civi.*

Consules, ut Romæ constituti Regibus exactis, & quæ eorum fuerit authoritas, *l. 2. §. 16. 26. & 27. vide & D. in Novell. Iustiniani Imp. 24. & 25. Cic. 3. de leg. Varron. l. 4. de ling. Latin. & l. 2. de vita pop. Rom. apud Noni. item Anton. Con. l. 2. lection. successivar. jur. civil. cap. 19. itemque Livi. l. 2. & 3. Polyb. l. 6. ac quidem Hotom. in suo tract. de Magistratuum Rem. descriptione.*

Curiarum origo & divisio prima apud Roman. *l. 2. §. 1. D. de orig. jur. vide & Varron. l. 4. de ling. Lat. Fest. l. 3. Liv. l. 1. hist. Rom. & Dionys. Hallic. l. 2. antiqui.*

de Curiatis Legibus, vide inf. in voce *Legibus, & Liv. l. 6. hist. Rom. & Cic. 2. Agrar.*

Decemviri legibus scribendis litibusque judicandis, ut Romæ primùm constituti, & eorum qualis fuerit authoritas, *l 2 §. 4. & 29 D. de orig. jur. vid. & Liv. l. 3. de cad. 1. Agell. 17. c. 21. & Cuj. doctorem nostrum l. 3. obser. c. 32.*

Decemvirorum constitutio apud Rom. *l. 2. §. 15. 16. & 24. D. de orig. jur. vid. & Varon. l. 4. de ling. Lat. Livi. l. 1. 3. & 6. histor. Rom. item Dion. Halic. l. 2. 3. 4. & 10. antiq. Rom.*

Dictatores, ut Romæ constituti, & quæ illorum authoritas, *l. 2. §. 18. D. de orig. jur. & l. un. D. de offic. Præf. Præt. l. 1. t. 11. Vide & Dion. Halic. l. 5. antiq. Rom. Varron. l. 4. de ling. Lat. Livi. l. 2. & 7. hist. Rom. Cic. lib. de finib. & de legib. & passim aliis, itemque Canter. l. 2. Novar. lect. cap. 4. & post eos Hotom. in d. descript. Magistratuum Roman.*

Duodecim tabularum legum origo. Vide *Legum* de Fori disputatione ex authoritate Prudentium, *l. 2. §. 5. de orig. jur.*

Honorarium jus quale, & unde dictum, *l. 2. §. 10.* & 12. *D. de orig. jur.* Vide præter Pomp. Jurisc. hujus leg. authorem Papinian. *in l. jus autem 7. in fi. de just. & jur.*

Hortensia (sive Hortensii Dictatoris Rom.) lege ut confirmata plebiscita, *l. 2. §. 8. D. de orig. jur. vide & Liv. 5. hist. Rom. & Agell. l. 15. c. 27.*

Jus civile Ælianum, *l. 2. §. 7. de orig. jur.* Hujus autem formulæ litteris singulariis scribi solebant: unde & Notæ dicebantur, *ut refert D. Cujac. in hunc loc. ex Marc. Tulli orat. pro Murena.*

Jus civile Papinianum quale, *l. 2. §. 2. D. de orig. jur. vide & Agell. 6. c. 9. & Valer. Maxim. 2. c. 1.*

Jus civile sine scripto ex Prudentium authoritate proficiscens, *l. 2. §. 5.* & 12. *D. de orig. jur.*

Jus Honorarium quale. Vide, *Honorarium.*

Juris interpretatio ut prudentium authoritatem desideret, *lege 2. §. 5. D. de orig. jur.*

Juris origo & processus, *l. 2. in princ. D. de orig. jur.*

Jurisconsultorum, Professorum & Authorum sive Scribentium veterum descriptio, *l. 2. §. 35. & seq. D. de orig. jur. de quibus etiam plura Hotom. in suo tract. jurisconsult.*

Jurisconsultorum responsa quando in usu & authoritate esse cœperunt, *d. l. 2. §. 4. d. tit. de orig. jur.*

de Legis actionibus. Vide *Actionib.*

Legum XII. tabular. origo, & quis author fuerit earum ferendarum, *leg. 2. §. 4. & 7. D. de orig. jur.* Vide & earum fragmenta, quæ adhuc supersunt, ut passim apud varios

tios authores reperiuntur, à nobis huic juris civilis Enchiridio seu epitome adjecta. Vide præterea de iis nonnulla apud. Cic. leg. de legib. & passim aliis ejusd. opusculis, & apud. Diony. Halicar. l. 8. antiq. ac quidem Revard. Rivalli Oldenio p. & Hottom. etiam doct. nost. qui de iis ex professo scripserat.

de Legibus Regiis & Curiatis apud Roman. leg. 2. §. 2. D. de orig. jur. vide & Balduin. Jurisc. tract. quem inscripsit de Legib. Roman. item Manut. de legib. Romanis, ac quidem Hottom. indicem legum Romanar.

Magistri equitum, ut Romæ constituti, & quæ illorum authoritas, leg. 2. §. 19. D. de orig. jur. & leg. unic. D. de offic. Præf. Præt. leg. 1. tit. 11. Vid. & Hotom. in præd. sua desc. Magistr. Rom. Canter. l. 2. novellar. lect. c. 4. & Rosin. l. 7. antiq. c. 18.

Papiri num jus civile quale, vide sup. vocem Jus.

de Plebicitis sive Plebis populive placitis ac decretis, leg. 2. §. 8. & 12. D. de orig. jur. Vide & Rosin. antiq. leg. 6. cap. 16. & leg. 8. cap. 1.

Pontificum collegium quantæ authoriatatis apud Roman. l. 2. §. 6. D. de orig. jur. vide & Cic. 1. de orat. & 2. de legib. itemque Livi. l. 9. hist. Rom. & Dionys. Halicar. l. 10. antiq. Rom.

Præfecti Annonæ & Vigilum, ut Romæ constituti, & quale illorum munus, l. 2. §. 33. D. de orig. jur. ac pass. tit. 2. 15. l. 1. Digest. Vide & de iis l. mulierem 13. D. de accus. l. 48. Liv. l. 4. hist. Rom. Sveton. in August. Dion. l. 55. ac quidem Rosin. l. 7. antiquitat. cap. 34. Item & t. 43. & 44. l. 2. Cod.

Præfectus Urbi, ut Romæ constitutus, & quale ejus munus, l. 2. §. 33. D. d. tit. de orig. jur. Vide & Sveton. in Aug. & Dionys. leg. 52. item pass. t. 12. d. l. 1. Dig. Cornel. Tacit. l. 6. annal. & Agell. l. 14. cap. 7. ac quidem Hotto. in sua d. descript. Mag. Rom. ubi tria genera Præfectorum sive Præfecturæ urbi tradit: Unum eorum scil. qui sub Regibus & primis Consulum temporibus extraordinarii Magistratus fuerunt. Aliud eorum qui posterioribus temporibus, libera tamen adhuc civitate, ejus Magistratus procurationem habuerunt, qui & Præfecti urbi Latinorum causa dicti sunt. Tertium verò genus eorum, qui Imperatorum temporibus ordinarii Magistratus fuerunt. De officio autem Præfectorum Prætorio agitur pass. t. 26. & 27. Augustalis, l. 1. t. 27. C.

Prætores de Fideicommisso sive Fideicommissarii, ut Romæ constituti: item & Prætores alii inter fiscum & privatos jus dicentes: deque vario Prætorum munere, d. l. 2. §. 32. D. de orig. jur. & l. 2. C. qui pot. in pign. De Prætorum autem officio, vide pass. d. l. 1. t. 14. D. itemque ejusd. l. 1. t. 11. De hujusmodi autem Prætore Fideicommissario agunt, Fabius l. 3. cap. & Paulus Jurisc. in l. quæsitum 78. §. penul. D. de legib. & l. 4. in fin. D. quib. ad libert. ac etiam Ulpian. in l. sicuti legatum 92. D. de condit. & demost.

Prætores, ut plures Romæ constituti, quorum alii Urbani, alii Peregrini, alii etiam Provinciales dicti sunt, & quæ illorum authoritas seu potestas, d. l. 2. §. 27. 28. 32. & seqq. D. de orig. jur. vide & Livi l. 6. Var. leg. 4. de ling. Lat. Livii Epitom. l. 14. Cic. 3. de legib. Sveton. in August. & Claud. itemque Cyprian. epistol. l. 2. De eorum officio vide l. 1. tit. 30. Cod.

Principum authoritas quanta qualisve in constitutionibus suis, l. 2. §. 11. & 12. D. de orig. jur. Vid. & pass. d. t. Dig. & in eamd. l. DD.

Prudentium authoritas ut necessaria in juris interpretatione, l. 2. §. 5. D. orig. jur.

Quæstiones publicas ut primùm Romæ instituisse Sulla Dictator dicatur, d. leg. 2. §. 32. d. t. de orig. jur. de Prætoribus etiam plura vide apud Interpretes hujus §. tam veteres quàm neotericos: vide & l. unic. d. l. 1. t. 13. D. de offic. Prætor.

Quæstores Ærarii, ut Romæ constituti, & quale illorum munus, l. 2. §. 22. D. de orig. jur. Vide & Varron. l. 4. de ling. Lat. Livi. l. 7. hist. Rom. Agell. l. 13. c. 13. item & Jun. Graichan. l. 7. de potestatib. & Sigon. l. 2. antiquit. Rom. cap. 2. ac Hottom. in præd. sua descr. Magistr. Rom.

Quæstores Parricidii, ut Romæ constituti, & illorum jus quale, d. l. 2. §. 23. d. t. D. de orig. jur. Vide & Fest. in voce Quæstores, & Hottom. in d. sua descrip. Mag. Rom. ubi & de Quæstorib. Provincialibus agit. De officio autem Quæstoris, vide l. 1. t. 13. D.

Regia manus seu potestas apud Rom. ut primùm fuerit, l. 2. §. 1. D. de orig. jur. vide & Liv. l. 1. Dionys. Halicar. antiq. l. 2. & 4. Plutarch. in vita Romulii; item & Rosin. antiq. l. 7. c. 3. ubi de Regum officio agitur.

Reges ut primi fuerint Magistratus apud Roman. l. 2. §. 14. D. de orig. jur. De eorum verò authoritate potestateve, præter ea quæ traduntur hoc loco, vide & Sveton. in Nero. cap. 15. & Corn. Tacit. l. 3. annal.

de Regiis legibus, vide supr. vocem Legibus.

Secessionis plebis Rom. à Patribus causa quæ, l. 2. §. 24. D. de orig. jur. Vide & Liv. l. 2. Hallic. l. 6. antiq. & Varron. l. 4. de ling. Lat.

de Senatusconsultorum origine & authoritate, leg. 2. §. 4. D. de orig. jur. vid. & Agell. l. 14. cap. 7. ac quidem l. 1. t. 3. Dig. ubi de legibus & Senatusconsul. agitur, leg. 1. t. 16. Cod.

Tribuni Celerum secundi Rom. Magistratus, l. 2. §. 15. D. de orig. jur. Vide & Liv. l. 4. hist. Rom. Dioys. Halic. l. 2. antiq. & Corn. Tac. l. 1. annal.

Tribuni militum, ut Romæ constituti, & quæ illo-

FINIS.